Haftung für Hilfspersonen bei der Erfüllung von allgemeinen Verkehrspflichten

---

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung des Doktorgrades

einer

Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)

der

Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Eberhard Bopp
aus Stuttgart

1938

Obmann: Professor Dr. Eißer
1. Berichterstatter: Professor Dr. Kreller
2. Berichterstatter: Dr. Blomeyer

Tag der mündlichen Prüfung: 22. Juni 1938

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Druck von Strecker und Schröder, Stuttgart

Inhaltsverzeichnis

Seite

Einleitung 5

§ 1. Der Standpunkt der Rechtsprechung 6

§ 2. Der Standpunkt der Rechtslehre 11

§ 3. Die juristische Natur der in Frage stehenden Fälle 15

§ 4. Der Grundgedanke des § 278 BGB. 23

I. Die verschiedenen Ansichten 23
II. Bestimmung des Grundgedankens 27
III. Ergebnis 37

§ 5. Die analoge Anwendung des § 278 BGB. auf die in Frage stehenden Fälle 42

§ 6. Fälle, in denen eine analoge Anwendung des § 278 BGB. vom Gesetzgeber oder von Rechtsprechung und Rechtslehre anerkannt wurde . 53

1. Die Sorgfaltspflicht bei Vertragsverhandlungen 53
2. „Verpflichtungen gegen sich selbst“ 54
   a) Der Fall des § 254, Abs. 2, S. 2 BGB. 54
   b) Der Fall des § 351 BGB. 56
   c) Ähnliche Fälle 56
3. Nachbarrechtliche Verpflichtungen 57
4. Der Fall des § 2 Reichshaftpflichtgesetz und verwandte Fälle . . 58

§ 7. Abgrenzung von § 831 BGB. 58

Literaturverzeichnis 60

Lebenslauf 63

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549610_0090

Einleitung

Der Eigentümer eines Gebäudes oder Grundstücks, der Inhaber eines gewerblichen Unternehmens pflegen, sofern es sich nicht um kleine Verhältnisse handelt, die Erfüllung der ihnen infolge dieser Stellung obliegenden allgemeinen Verkehrspflichten Angestellten zu übertragen. Unter „allgemeinen Verkehrspflichten" sollen in Übereinstimmung mit dem in der Literatur üblichen Sprachgebrauch diejenigen Pflichten verstanden sein, die dem Verpflichteten gegenüber der Allgemeinheit, nicht etwa gegenüber einem Gläubiger, obliegen. Das sind in der Hauptsache solche Pflichten, deren Verletzung das Gesetz als unerlaubte Handlung bezeichnet, sofern die weiteren Voraussetzungen einer solchen gegeben sind.

Sofern solche Verkehrspflichten insbesondere dem Eigentümer eines Gebäudes oder dem Inhaber eines gewerblichen Unternehmens obliegen, handelt es sich vor allem darum, daß die Sicherheit des Verkehrs auf dem betreffenden Grundstück oder in dem betreffenden Betrieb gewährleistet ist, etwa durch Instandhaltung und gegebenenfalls ausreichende Beleuchtung der Treppen und etwaiger Zufahrtsstraßen, oder durch Bestreuung der Gehwege bei Glätte, und dergleichen.

Ferner gehört hierher die dem Inhaber eines gewerblichen Betriebes obliegende Pflicht zur sorgfältigen Auswahl der Betriebsangestellten.

Versagt nun der Angestellte, dem die Erfüllung solcher Pflichten übertragen ist, und entsteht dadurch einem Dritten ein Schaden, so fragt es sich, ob und aus welchem Rechtsgrund der Hauseigentümer oder Betriebsinhaber für den Schaden haftet.

§ 1. Der Standpunkt der Rechtsprechung

Als Beispiele mögen folgende vom Reichsgericht entschiedene Fälle dienen.

1. Ein Eisenbahnunternehmen unterhält eine in die Landstraße einmündende Zufahrtsstraße zum Bahnhof. Es hat den Stationswärter R. mit der Beaufsichtigung dieser Zufahrtsstraße, insbesondere mit der Bedienung der Straßenlaternen beauftragt. Der Stationswärter hat es an dem in Frage stehenden Abend versäumt, die an der Einmündung der Zufahrtsstraße in die Landstraße befindliche Laterne anzuzünden. Infolgedessen stürzte der Kläger, der sich zum Bahnhof begeben wollte, an der Einmündung von der Landstraße auf die tiefer liegende Zufahrtstraße herab und zog sich Verletzungen zu. (RGZ. 53, 53.)

2. Das beklagte Zeitungsunternehmen hatte den Hilfsarbeiter B. damit beauftragt, den Platz vor dem Geschäftsgebäude bei Eisglätte zu bestreuen. Mit der Leitung des Geschäfts und der Verwaltung des Hauses war der Prokurist R. beauftragt. Da B. es an dem fraglichen Tage unterlassen hatte, in ausreichendem Maße zu streuen, kam der Kläger zu Fall und erlitt Verletzungen. (RGZ. 113, 293.)

3. Der Betriebsleiter des beklagten Omnibusunternehmens hatte u. a. die Aufgabe, die einzustellenden Kutscher auszuwählen, anzustellen und zu beaufsichtigen. Der Kutscher K. hatte sich im Laufe seiner Dienstzeit bei der Omnibusgesellschaft wiederholt Ordnungswidrigkeiten zuschulden kommen lassen. Diese haben zwar zufällig einen erheblichen Schaden nicht angerichtet, konnten aber doch einen solchen anrichten und gefährdeten die Sicherheit des auf den Straßen verkehrenden Publikums. Die Beklagte hat, wie sie behauptet, von diesen Bestrafungen und den ihnen zugrunde liegenden Verfehlungen keine Kenntnis erhalten. Durch Verschulden des Kutschers K. ist der Kläger zu Schaden gekommen: Der Kläger, der nach Verlassen eines Straßenbahnwagens im Begriff war, über die Fahrbahn auf den Gehweg zu gehen, wurde von dem von K. geführten Omnibus angefahren und verletzt. (RGZ. 78, 107.)

4. Zwei der Beklagten gehörige Dockpontons mit einem daneben vertäuten Dampfer rissen sich von ihrem Liegeplatz im Hamburger Hafen los, trieben im Hafen umher und stießen mit zwei der Klägerin gehörigen Kähnen zusammen. Das Losreißen der Docke und des Dampfers war darauf zurückzuführen, daß die von der Beklagten mit der Vertäuung beauftragten Angestellten die Vertäuung, insbesondere die Führung der Trossen, unsachgemäß vorgenommen hatten. Die eine Trosse hatte sich wegen ungenügender Befestigung gelöst, die andere hatte sich an den scharfen Kanten des einen Docks durchgescheuert und ist gerissen. — Der Vorstand der beklagten Gesellschaft hatte seinen Sitz in Kiel. Die Zweigstelle in Hamburg wurde von dem Prokuristen P. geleitet. (RG. Warn. Rspr. Jgg. 1936, Nr. 76.)

Das Reichsgericht beurteilt die Haftungsfrage in diesen Fällen folgendermaßen:

Im Falle 1 entscheidet es zwar die Frage, ob das Eisenbahnunternehmen für den Schaden haftbar sei, nicht selbst; hebt aber die für die Entscheidung nach seiner Meinung maßgebenden Gesichtspunkte hervor. Es stellt zunächst fest, daß die Beklagte als Unternehmerin eines öffentlichen Verkehrsmittels die für die Sicherheit des Publikums bei Benützung des Verkehrsmittels erforderlichen Vorkehrungen zu treffen und namentlich die notwendige Beleuchtung der dem Bahnbetriebe und öffentlichen Verkehr dienenden Bahnanlagen und der einen wesentlichen Bestandteil der letzteren bildenden Zufahrtsstraßen zur verkehrsüblichen Zeit bei Nacht zu bewirken habe. Diese Verpflichtung ergebe sich aus der in der Natur der Sache liegenden allgemeinen Regel, daß die Bahn, wenn sie dem Publikum Zugangswege zu ihren Bahnhöfen darbiete, auch die ungefährdete Benützung derselben zu gewähren habe. Das Reichsgericht geht ferner in tatsächlicher Hinsicht davon aus, daß der mit der Beleuchtung der Zufahrtsstraße beauftragte Stationswärter R. ein an sich ordentlicher und für seine Aufgabe geeigneter Mann gewesen sei, und vor allem, daß es sich bei der dem R. obliegenden Verrichtung nicht um eine solche gehandelt habe, die unter der Leitung des Geschäftsherrn vorzunehmen war. Das Reichsgericht betrachtet daher den Entlastungsbeweis als geführt und verneint eine Haftung der Bahn nach § 831 BGB. Es hält aber eine Haftung aus folgenden Erwägungen für möglich: Die Haftung bestimme sich nicht nur nach § 831, sondern auch nach § 823 BGB. Die beklagte Bahn sei verpflichtet, die Zufahrtsstraße zu beleuch-

ten. Dafür, daß diese Verpflichtung erfüllt werde, habe sie selbst zu sorgen, und sie würde nicht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet haben, wenn sie jegliche Kontrolle darüber unterlassen hätte, ob eine ihr obliegende Pflicht, deren Erfüllung sie einer Person übertragen hatte, für deren Handlungen und Unterlassungen sie nicht schlechthin hafte, auch wirklich erfüllt werde. Aus diesen Gründen könne trotz Gelingens des Entlastungsbeweises eine Haftung gegeben sein.

Dieselben Gesichtspunkte werden vom Reichsgericht auch im Falle 2 angewandt. Der mit der Streupflicht beauftragte Hilfsarbeiter B. sei eine für diese Verrichtung an sich geeignete Person gewesen, die einer besonderen Leitung bei dieser Verrichtung nicht bedurft habe. Die Haftung der Beklagten, die somit auf § 831 BGB. nicht gestützt werden könne, sei aber aus § 823 BGB. begründet. Der für die Erfüllung von Verkehrspflichten Verantwortliche habe eine allgemeine Aufsichtspflicht, wenn er die Erfüllung und die etwa erforderlichen Schutzmaßnahmen Dritten überlasse. Und dieser allgemeinen Aufsichtspflicht könne sich der Geschäftsherr nicht dadurch völlig entschlagen, daß er sie auf einen, wenn auch sorgfältig ausgewählten Angestellten oder Betriebsleiter übertrage. Erfülle er diese Aufsichtspflicht nicht, so treffe ihn der Vorwurf eines eigenen Verschuldens i. S. d. § 823 BGB.

Ebenso im Falle 3. Auch hier begnügt sich das Reichsgericht nicht mit der Feststellung, der Betriebsleiter, der das Personal anzustellen und zu überwachen hatte, sei ein für diesen Posten geeigneter Mann gewesen, der Unternehmer habe also damit auch hinsichtlich der Auswahl der niederen Angestellten die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet. Es fordert vielmehr darüber hinaus die Erfüllung einer allgemeinen Aufsichtspflicht durch den Unternehmer. Eine Verletzung dieser Aufsichtspflicht erblickt es im vorliegenden Falle darin, daß das Unternehmen keine Organisation geschaffen habe, mit Hilfe deren Vorstrafen der Kutscher zur Kenntnis der Betriebsleitung kommen sollten. Es hätte entweder eine Abmachung mit dem örtlichen Polizeipräsidium getroffen werden müssen, wonach dieses von Bestrafungen der Kutscher jeweils sofort Nachricht geben sollte, oder es hätte dem Betriebspersonal in den Anstellungsverträgen bei Vermeidung der Entlassung oder empfindlicher Vertragsstrafen die Selbstanzeige zur Vertragspflicht gemacht werden müssen.

Und schließlich beruht auch die Entscheidung des Falles 4 auf demselben Gedanken. Da die Leitung der Beklagten schon eine Woche vor dem Unfall den Dampfer an die Docke habe verholen lassen, sei es ihre Aufgabe gewesen, nötigenfalls mit Hilfe eines Sachverständigen die Vertäuung umfassend nachzuprüfen. Dem Prokuristen P., der eine solche Nachprüfung unterlassen habe, falle eine Fahrlässigkeit zur Last. Die Beklagte hafte daher unmittelbar für das Verschulden des P. als eines verfassungsmäßig berufenen Vertreters i. S. d. § 31 BGB., und es komme nicht darauf an, ob die mit der Vertäuung beauftragten Angestellten sorgfältig ausgewählt wurden. Da P. als verfassungsmäßiger Vertreter zu gelten habe, bedürfe es auch keiner Prüfung, ob auch der in Kiel ansässige Vorstand der Beklagten hätte einschreiten und etwa eines seiner Mitglieder nach Hamburg hätte entsenden müssen, um die Vertäuung nachzuprüfen.

In allen diesen Fällen kommt also das Reichsgericht trotz Gelingens des Entlastungsbeweises zu einer Bejahung der Haftung. Wir müssen dem im Ergebnis beipflichten. Es würde in der Tat unserem Rechtsempfinden widerstreiten, wollte man zulassen, daß der Inhaber eines Unternehmens sich von einer ihm obliegenden Verkehrspflicht einfach dadurch entlasten könnte, daß er deren Erfüllung einem, wenn auch zuverlässigen Angestellten überträgt. Aber die Begründung, die das Reichsgericht dieser Haftung gibt, befriedigt nicht. Man sieht es dem Begriff der allgemeinen Aufsichtspflicht an, daß er eigens dazu geschaffen ist, um im Falle des Gelingens des Entlastungsbeweises trotzdem zu einer Haftung zu kommen. Diese Haftung ist in Wahrheit eine Haftung für das Verschulden der Angestellten, wird aber als Haftung für eigenes Verschulden des Geschäftsherrn ausgegeben. Dagegen ist zweierlei einzuwenden:

Erstens ist es bedenklich, dem Unternehmer, der zugestandenermaßen bei der Auswahl seiner Angestellten und Leitung von deren Verrichtungen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat, und der somit bei Anwendung des § 831 BGB. hinsichtlich des durch diese Angestellten angerichteten Schadens entlastet ist, die Haftung trotzdem aufzuerlegen. Wennschon dem Unternehmer die Berufung auf § 831 zugebilligt wird, so muß der von ihm danach geführte Entlastungsbeweis auch eine Haftungsbefreiung bedeuten. Warum soll er eine über Auswahl und Leitung hinausgehende allgemeine Aufsichtspflicht haben, wo doch das Gesetz

sich in dieser Hinsicht mit sorgfältiger Auswahl und Leitung begnügt?

Sodann vermag das, was das Reichsgericht als Inhalt jener allgemeinen Aufsichtspflicht umschreibt, nicht zu überzeugen. Im Falle 2 (RGZ. 113, 293) z. B., wo die Geschäftsinhaberin den Prokuristen R. mit der Betriebsleitung betraut hatte und wo infolge einer Unterlassung des Hilfsarbeiters B. das Bestreuen des Gehwegs unterblieb, wird der Geschäftsinhaberin vorgeworfen, sie habe es an der nötigen Oberaufsicht über den Prokuristen R. (der übrigens ihr Neffe war) fehlen lassen. Dabei kann gegen die Persönlichkeit des R. nicht das geringste gesagt werden. Man muß sich fragen, wie die Geschäftsinhaberin die Oberaufsicht über den Neffen hätte führen sollen. Was wäre etwa der Erfolg von einem visitatorischen Besuch im Geschäft gewesen? Nach einigen Fragen hin und her, ob alles in Ordnung sei, hätte die Geschäftsinhaberin wohl alles in bester Ordnung befunden; vom Streuen im Winter hätte man wahrscheinlich gar nicht gesprochen. Die Geschäftsinhaberin hat somit mit Recht auf eine derartige bloße Formalität verzichtet.

Zuzugeben ist, daß in anderen Fällen die Kontrollpflicht einen greifbaren Inhalt haben kann. So im Falle 3 (RGZ. 78, 107): eine ständige Kontrolle über die Kutscher einer Omnibusgesellschaft ist in der Tat angezeigt. In dem hier entschiedenen Falle liegt aber die Überspannung darin, daß diese Kontrollpflicht dem Vorstand der Omnibusgesellschaft selbst obgelegen haben soll, obwohl dieser gerade hierfür doch eigens einen Betriebsleiter angestellt hatte.

Es geht ebenso über das angemessene Maß hinaus, wenn im Fall 4 gesagt wird, der Leiter der Zweigstelle Hamburg, der Prokurist P., habe die Aufgabe gehabt, die Vertäuung des Dampfers — nötigenfalls mit Hilfe eines Sachverständigen — nachzuprüfen. Es kann hiergegen mit Recht eingewendet werden, daß der Prokurist einer großen Firma anderes zu tun hat, als alle praktischen Verrichtungen, die im Betrieb vorkommen, und hinsichtlich deren er zum großen Teil gar keine Sachkunde besitzen wird, nachzuprüfen. Wenn im vorliegenden Falle das Reichsgericht nicht die Möglichkeit gehabt hätte, den Prokuristen P. als verfassungsmäßig berufenen Vertreter i. S. d. § 31 BGB. anzusehen, hätte es mit der Überspannung der Aufsichtspflicht noch wesentlich weitergehen müssen, um zu einer Haftung zu gelangen. Das Reichsgericht führt selbst aus, daß es in diesem Falle sich gefragt hätte, ob der in Kiel ansässige Vorstand der Beklagten selbst hätte einschreiten und etwa

eines seiner Mitglieder nach Hamburg hätte entsenden müssen. Man darf wohl keinen Zweifel darüber haben, daß das Reichsgericht gegebenenfalls auch soweit gegangen wäre und damit an die Sorgfaltspflicht des Vorstands Anforderungen gestellt hätte, die mit der Billigkeit nicht mehr vereinbar wären.

In allen Fällen, in denen der Begriff der allgemeinen Aufsichtspflicht verwendet wird, ist ein starker Unsicherheitsfaktor darin zu erblicken, daß der Inhalt dieser Aufsichtspflicht nicht fest umrissen werden kann. Man kann sehr verschiedener Meinung darüber sein, wie weit die Kontrollpflicht zu gehen habe. Und wenn man dabei nicht in Überspannungen* verfallen will, dann wird man in aller Regel dem Unternehmer ein Verschulden nicht nachweisen können. Hervorzuheben ist noch, daß die allgemeine Aufsichtspflicht zu unterscheiden ist von einer aus § 831 BGB. abgeleiteten besonderen Aufsichtspflicht. Die Rechtsprechung hat den — übrigens allgemein anerkannten — Grundsatz aufgestellt, daß der Entlastungsbeweis sich auf den Zeitpunkt der Verrichtung, nicht etwa auf den Zeitpunkt der Einstellung des Gehilfen zu beziehen habe. Gerade zu der fraglichen Verrichtung müsse der Gehilfe sorgfältig ausgewählt sein. Dieser Grundsatz führt zu dem Erfordernis einer ständigen Beaufsichtigung der Hilfspersonen. Während diese Beaufsichtigungspflicht sich somit aus § 831 herleitet, beruht die allgemeine Aufsichtspflicht auf § 823 BGB. (vgl. RGZ. 87, 4).

§ 2. Der Standpunkt der Rechtslehre

Diese Praxis des Reichsgerichts[1] hat in der Literatur nur vereinzelt Kritik gefunden. Die großen Kommentare geben in ihren Erläuterungen zu den §§ 823 und 831 BGB. den Standpunkt des

* In RGZ. Bd. 53, S. 53 hat das Reichsgericht selbst auf diese Gefahr hingewiesen, indem es dort ausführt, es würde z. B. eine Überspannung der an einen Eisenbahnunternehmer billigerweise zu stellenden Anforderungen sein, wenn man ihn unter allen Umständen für verpflichtet erachten wollte, fortdauernd zu kontrollieren, ob die Laternen an der Zufahrtsstraße zum Stationsgebäude regelmäßig angezündet werden.

[1] Aus der unübersehbaren Fülle von Entscheidungen seien noch folgende zitiert: RGZ. 53, 123 und 276; 82, 218; JW. 03, Beil. S. 9, Nr. 21, und S. 132, Nr. 294; 04, 165, Nr. 3; 07, 649, Nr. 9; 09, 659, Nr. 10; 1913, 203, Nr. 15; 1928, 1726, Nr. 6; Warn., 1930, Nr. 33 und 103.

Reichsgerichts ohne eigene Stellungnahme wieder. Der Begriff der allgemeinen Aufsichtspflicht wird von ihnen durchweg anerkannt und übernommen[2]. Nur in einem unten näher zu besprechenden Fall erfährt er bei einigen von ihnen eine gewisse Einschränkung (vgl. S. 13, Fußnote 5). Auch das Lehrbuch von Enneccerus-Lehmann, 2. Bd., S. 803, übernimmt den Begriff der allgemeinen Aufsichtspflicht und die darauf aufgebaute Praxis des Reichsgerichts ohne Kritik. Diese Stellungnahme der in der Praxis am meisten benützten Werke ist wohl ein Hauptgrund dafür, daß der vom Reichsgericht geschaffene Begriff in der Praxis sämtlicher Gerichte fast ausnahmslos angewandt wird[3].

In der sonstigen Literatur ist nur von einigen wenigen Schriftstellern zu dem Begriff der Aufsichtspflicht Stellung genommen worden. Es sind hier zu nennen: Delius, „Die Haftung für Verkehrssicherheit", DJZ. 1914, S. 206; Th. Meyer, „Kritische Streifzüge in das Gebiet der unerl. Handlungen", Recht 1924, Sp. 277ff., 312ff.; Weigert, „Die außervertragliche Haftung von Großbetrieben für Angestellte" (1925); Potthoff, „Die Haftung des Unternehmers für seine Angestellten und Arbeiter", Gew. u. Kaufm.-Gericht 1925/26, S. 512, und Heck, „Grundriß des Schuldrechts", 1929.

Delius beschäftigt sich insbesondere mit der Streupflicht und meint, daß trotz der mit Recht vom Reichsgericht geforderten Aufsichtspflicht der Übelstand bestehen bleibe, daß der reiche Hausbesitzer, der sich einen Portier hält, nicht hafte, der Geschädigte vielmehr nur Ansprüche gegen den vermögenslosen Portier habe, während der minderbemittelte Hausbesitzer, welcher selbst die Reinigungspflicht ausüben müsse, persönlich hafte. Er fordert, um diesem Übelstand abzuhelfen, eine Gesetzesänderung dahin, daß ähnlich der Tierhalterhaftung des alten § 833 BGB. eine unbedingte Verkehrssicherungspflicht für diejenigen, welche einen Verkehr eröffnen, festgesetzt werde, unabhängig vom Verschulden.

Meyer, Weigert und Potthoff befassen sich in den zitierten Abhandlungen speziell mit dem Fall des höheren Angestellten (Betriebsleiters), dem die Auswahl und Leitung des Verrichtungs-

---

[2] Kommentar d. RG.-Räte, Erl. 6c z. § 823; Staudinger, Erl. 4aγ z. § 831; Sörgel, Erl. 11 z. § 831; Planck, Erl. B II 2bδ z. § 823.

[3] Vgl. hiezu Weigert, „Die außervertragl. Haftung von Großbetrieben für Angestellte", Berlin 1925, S. 4ff. und S. 7.

gehilfen übertragen ist[4]. Ihre Polemik wendet sich nicht so sehr gegen den Begriff der Aufsichtspflicht, als gegen die Art und Weise, wie das Reichsgericht in diesen Fällen den Entlastungsbeweis des § 831 versteht. Während das Reichsgericht den Beweis schon dann als erbracht ansieht, wenn der Unternehmer die sorgfältige Auswahl des höheren Angestellten nachweist, verlangen die genannten Autoren den Nachweis, daß der den Schaden verursachende Angestellte selbst sorgfältig ausgewählt wurde, sei es nun von dem Unternehmer oder von dem Betriebsleiter[5].

Bei dieser Betrachtungsweise bedarf es insoweit des Begriffes der Aufsichtspflicht nicht, der, wie Weigert a. a. O. zutreffend sagt, nur ein unzureichendes und unsicheres Aushilfsmittel ist. Da wir auf diese Frage später in anderem Zusammenhang noch ausführlicher zu sprechen kommen werden, mag das Gesagte zunächst genügen.

Heck kommt in seinem Grundriß des Schuldrechts S. 82ff. bei der Besprechung des Verhältnisses von § 278 und § 831 BGB. auf die Aufsichtspflicht zu sprechen. Er bemängelt den Standpunkt des Reichsgerichts. Für das Gebiet der allgemeinen Verkehrspflicht sei zwar der § 278 BGB. nicht maßgebend. Die Verschiedenheit der beiden Bestimmungen beruhe auf der Erwägung, daß für den Geschäftsherren ein Übersehen der mannigfachen Beziehungen, in die eine bestellte Person zu Dritten treten könne, schwer möglich sei. Es frage sich aber, ob diese Erwägungen auch bei solchen Pflichten zutreffen, die einen ganz bestimmten übersehbaren Inhalt haben und deren Erfüllung durch die Erfolgshaftung (§ 278) besser garantiert werde als durch die Bestellerhaftung (§ 831). Ein Beispiel biete die Streupflicht der Hauseigentümer bei Glatteis. Sie werde häufig durch Angestellte erfüllt, deren Leistungsfähigkeit versage, während der Besteller sich durch Exkulpationsbeweis befreien könne. Das Reichsgericht helfe der Unbilligkeit dadurch etwas ab, daß es an die Beaufsichtigung der Angestellten, die diligentia in custodiendo, sehr große Anforderungen stelle, die aber über das billige Maß hinausgingen.

Zusammenfassend können wir sagen: die genannten Schriftsteller

[4] Vgl. den oben geschilderten, vom Reichsgericht in Bd. 78, 107 entschiedenen Fall.

[5] Denselben Standpunkt nehmen speziell in diesem Fall ein: Planck Greiff, Erl. 2a α z. § 831 BGB. (unter Bezugnahme auf Weigert); Örtmann, Erl. 2b z. § 831 BGB.; Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, S. 804; Nipperdey, Gutachten z. 34. DJT. 1926, 411, 443.

stimmen darin überein, daß die Praxis des Reichsgerichts verbesserungsbedürftig ist. Wie aber Abhilfe zu schaffen ist, darüber gehen die Meinungen auseinander. Während Delius und Heck eine Änderung unter der Herrschaft des derzeitigen Gesetzes nicht in Erwägung ziehen[6,7], wollen Meyer und Weigert (Potthoff schließt sich dem letzteren in vollem Umfang an) in dem von ihnen behandelten Sonderfall eine Abhilfe durch andere Anwendung des Entlastungsbeweises schaffen. Übereinstimmend aber wird eine Anwendbarkeit des § 278 BGB. statt des § 831 BGB. verneint. Es wird von allen grundsätzlich daran festgehalten, daß § 278 unbedingt ein schon bestehendes Schuldverhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger voraussetze und daher im Gebiete der allgemeinen Verkehrspflichten, wo ein Gläubiger, d. h. ein bestimmter Berechtigter, nicht vorhanden sei, keine Anwendung finden könne.

Das Reichsgericht ist — ungeachtet der vereinzelten Kritik — in ständiger Rechtsprechung bis heute auf seinem Standpunkt geblieben, wie das oben zitierte, erst am 5. März 1936 ergangene Urteil (Warn. Rspr. Jgg. 36, Nr. 76) zeigt[8]. Es hat insbesondere gerade eine Anwendung des § 278 immer wieder energisch abgelehnt[9].

Im folgenden wird versucht, trotz begründeter systematischer Bedenken und entgegen der allgemeinen Meinung den § 278 BGB. auf die geschilderten Fälle analog anzuwenden. Dabei ist zunächst festzustellen, welcher Art die in Frage stehenden Fälle sind, insbesondere was das Gemeinsame an ihnen ist und wie weit sich ihr Gebiet erstreckt (§ 3). Um sodann die Möglichkeit der Analogie darzutun, ist zu untersuchen, welches der Grundgedanke des § 278 ist (§ 4) und ob er eine analoge Anwendung im vorstehenden Sinne zuläßt (§ 5). Dabei wird zu berücksichtigen sein, in welchen sonstigen Fällen von Rechtsprechung oder Rechtslehre eine analoge Anwendung des § 278 anerkannt worden ist (§ 6). Schließlich ist das so gewonnene Anwendungsgebiet des § 278 vom Anwendungsgebiet des § 831 BGB. abzugrenzen (§ 7).

---

[6] Delius fordert daher ausdrücklich eine Gesetzesänderung.

[7] Heck (S. 83) zweifelt allerdings, ob nicht doch eine Haftung analog der des § 278 zu befürworten sei.

[8] Vgl. auch die Entscheidung v. 20. 10. 36, RGJW. 1937, S. 926, Nr. 4, und die Anmerkung v. Kallfelz.

[9] RGZ. 99, S. 264; JW. 1912, S. 849, Nr. 1; RGZ. 113, 293; RGJW. 1923, S. 1026.

§ 3. Die juristische Natur der in Frage stehenden Fälle

Wir handeln, wie eingangs erwähnt, von solchen Fällen, in welchen die Erfüllung allgemeiner Verkehrspflichten Hilfspersonen übertragen wird. Einmal ist es das Eisenbahnunternehmen, das einen Stationswärter mit der Überwachung der Zufahrtsstraßen zum Bahnhof, insbesondere mit der Bedienung der Straßenlaternen beauftragt hat. Ein andermal ist es die Omnibusgesellschaft, die die ihr obliegende Pflicht zur sorgfältigen Auswahl ihrer Kutscher einem Betriebsleiter übertragen hat. Oder es ist die Schiffahrtsgesellschaft, die die Pflicht zur verkehrssicheren Vertäuung ihrer im Hafen liegenden Schiffe ihren Hafenarbeitern übertragen hat.

Es ist zunächst festzuhalten, daß sich der Begriff der allgemeinen Verkehrspflicht aus dem Begriff der Fahrlässigkeit ableitet. Die Bestimmung des § 823 BGB. knüpft die Schadensersatzpflicht wie an vorsätzliche so auch an fahrlässige Verletzung des Lebens, des Körpers und anderer Rechtsgüter. Fahrlässig aber handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht läßt (§ 276 BGB.), und diese im Verkehr erforderliche Sorgfalt ist es, die den Inhalt der allgemeinen Verkehrspflicht bestimmt[1].

Jedermann hat solche Verkehrspflichten; jedermann ist verpflichtet, die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zu beobachten, sei es im Straßenverkehr, im Verkehr mit Hausgenossen, im Umgang mit Freunden, oder irgendwo sonst. Welche Anforderungen an diese Sorgfalt zu stellen sind, braucht hier nicht untersucht zu werden. Wichtig ist aber, daß man sich in Rechtsprechung und Rechtslehre nicht damit begnügt hat, den Inhalt und Umfang der Verkehrspflicht zu bestimmen, sondern darüber hinaus verschiedene Entstehungstatbestände von Verkehrspflichten herausgebildet hat. Am deutlichsten ausgeprägt ist die sogenannte „Verkehrspflicht aus Verkehrseröffnung". Daneben wird von Verkehrspflichten gesprochen, die die Teilnahme am öffentlichen Verkehr erzeugt[2]. Der RGR.-Kommentar (Erl. 6f.) spricht ferner von Verkehrspflichten, die demjenigen obliegen, der einer selbständigen Wirtschaft vorsteht.

[1] Vgl. Staudinger z. § 823, Erl. II, C 1; RGR.-Kommentar z. § 823, Erl. 3.

[2] Vgl. RGR.-Kommentar z. § 823, Erl. 6d.

Wir betrachten zunächst die Verkehrspflicht aus Verkehrseröffnung. Der Begriff der Verkehrseröffnung ist vom Reichsgericht in der Entscheidung Bd. 54, S. 53 erstmals aufgestellt und in der Folge in zahllosen Entscheidungen verwendet worden. (Vgl. RGR.-Kommentar z. § 823, Erl. 6a.) Der Grundsatz lautet: Wer auf dem ihm gehörigen oder seiner Verfügung unterstehenden Grund und Boden einen Verkehr für Menschen eröffnet, muß auch für die Verkehrssicherheit Sorge tragen. Dies gilt für Orts- und Landstraßen, für Plätze und Brücken, aber auch für das Innere von Gebäuden, die ihrer Bestimmung nach dem Verkehr von Menschen geöffnet sind, gleichgültig ob derjenige, der den Verkehr eröffnet hat, eine öffentliche Körperschaft, eine sonstige juristische Person oder eine natürliche Person ist. Gegen diesen Grundsatz sind, wie es scheint, keine nachhaltigen Einwendungen erhoben worden. Es kann auch nicht bestritten werden, daß sich das Reichsgericht hier durchaus in Übereinstimmung mit dem Gesetz befindet. Es steht der Rechtsprechung frei, den Begriff der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt auszulegen und zu klassifizieren. Fraglich kann allerdings sein, ob es zulässig ist, den dem Privatrecht angehörenden Begriff der Verkehrseröffnung und der daraus fließenden Verkehrssicherungspflicht auch auf Staat, Gemeinden und sonstige öffentliche Körperschaften anzuwenden[3]. Die Frage kann hier auf sich beruhen bleiben.

In den oben (§ 1) geschilderten Fällen handelt es sich im Falle 1 (Bedienung der Straßenlaternen) und im Falle 2 (Streupflicht) um Pflichten aus Verkehrseröffnung. Bei der Streupflicht ist allerdings zu beachten, daß es sich hier um eine abgeleitete Pflicht handelt. Ursprünglich verpflichtet ist die Gemeinde, denn sie, nicht der Anlieger, hat den Straßenverkehr eröffnet. Durch Polizeiverordnung und Observanz wird die Pflicht regelmäßig dem Anlieger übertragen (vgl. RGZ. 76, 164; JW. 1914, 244). Dies dürfte aber an ihrem Charakter nichts ändern.

Dagegen handelt es sich im Falle 3 (sorgfältige Auswahl des Ver-

---

[3] Hofacker, „Die Verkehrssicherungspflicht", verneint dies. Vgl. hiezu die Besprechung von Stoll, Arch.Ziv.Pr. N. F. 15, S. 119. Stoll widerlegt Hofacker, gibt aber zu, daß das RG. den Gedanken der Verkehrssicherheit überspanne; die Entwicklung des Zivilrechts sei auf dem Wege, den an sich gesunden Gedanken, daß derjenige, der eine neue Gefahrenquelle schafft, verpflichtet sei, die zur Abwendung dieser Gefahr erforderlichen Vorkehrungen zu treffen, durch Übertreibung in Mißkredit zu bringen.

richtungsgehilfen) und im Falle 4 (verkehrssichere Vertäuung des Schiffes) um andersartige Pflichten. Darüber sogleich.

Die aus Verkehrseröffnung fließende Verkehrssicherungspflicht ist wohl auf folgenden Gedanken zurückzuführen: der Eigentümer oder Besitzer eines Grundstücks schafft mit der Eröffnung des Verkehrs eine Beziehung zwischen dem Grundstück und dem Publikum, das darauf verkehren soll oder darf, und ist demzufolge verpflichtet, die reibungslose Durchführung der so geschaffenen Beziehung zu überwachen, d. h. dafür Sorge zu tragen, daß dem verkehrenden Publikum kein Schaden entsteht.

Eine solche Beziehung zum Publikum kann nun aber auch auf andere Weise geschaffen werden, nämlich dadurch, daß das Grundstück oder eine andere Sache auf das Publikum einwirkt. Dieses „Auf den Verkehr Einwirken" ist das aktive Gegenstück zu dem passiven „Dem Verkehr geöffnet sein". Auch dieses Einwirken auf den Verkehr erzeugt bei dem Eigentümer oder Besitzer der einwirkenden Sache die Gefahrabwendungspflicht, daß dem Publikum durch die Einwirkung kein Schaden entsteht[4].

Hierher gehören — zu einem Teil — diejenigen Pflichten, die der Kommentar der Reichsgerichtsräte (Erl. 6d z. § 823) als Verkehrspflichten bezeichnet, die die Teilnahme am öffentlichen Verkehr erzeuge, z. B. die Pflicht zur Instandhaltung eines Fuhrwerks, damit nicht etwa durch herabfallende Teile od. dgl. Passanten verletzt werden[5].

Eine systematische Zusammenstellung der unter diese Kategorie der Einwirkung auf den Verkehr fallenden Verkehrspflichten — man könnte sie „Verkehrspflichten aus Verkehrsgefährdung" nennen —, die, wie es scheint, bisher nirgends vorgenommen worden ist, soll

[4] Solche Verkehrspflichten werden ganz allgemein vorausgesetzt in der Lehre von der Verantwortlichkeit für Unterlassungen, nämlich als Rechtspflichten zur Vornahme einer Handlung. Es sei hier besonders darauf hingewiesen, daß hier nicht etwa bloß solche Rechtspflichten anerkannt sind, die sich unmittelbar aus dem Gesetz ergeben oder die auf Rechtsgeschäft beruhen, sondern auch solche, die sich — wie Enneccerus-Lehmann, 12. Bearbeitung, § 15, III 7, S. 74, sich ausdrückt — aus der allgemeinen Verkehrsansicht ergeben. Wenn solche Pflichten insbesondere für denjenigen angenommen werden, der selbst, sei es auch durch schuldloses Handeln, Gefahren für andere hervorgerufen hat oder in dessen Herrschaftsbereich ein gefahrdrohender Zustand entsteht, dessen Beseitigung nur von ihm erwartet werden kann, so ist dies derselbe Rechtsgedanke, den wir hier meinen.

[5] RGJW. 06, 740, Nr. 15; 08, 524, Nr. 9; Warn, 1917, Nr. 87, u. a.

im nachstehenden — ohne Anspruch auf Vollständigkeit — versucht werden. Dabei wird hervorgehoben, daß hier nur die Fälle zusammengestellt werden, in denen jemandem Verkehrspflichten deshalb obliegen, weil er durch eine Sache[6], die auf den Verkehr einwirkt, eine Beziehung zum Publikum geschaffen hat. Außer Betracht sollen dagegen diejenigen Pflichten bleiben, die ohne eine solche im voraus geschaffene Beziehung, also gewissermaßen aus dem Augenblick entstehen, wie z. B. die Verkehrspflicht des Fußgängers im Straßenverkehr. Danach ergibt sich folgendes:

Eine Einwirkung kann geschehen

a) durch ein unbebautes Grundstück.
Beispiele: Abrutsch von Steinen auf ein tiefer liegendes Nachbargrundstück (vgl. § 906 BGB.; RGZ. 51, 408); Haldeneinsturz bei anhaltenden Regengüssen (vgl. RGJW. 1910, 654, Nr. 13);
weitere Beispiele bieten § 909 BGB. (Vertiefung eines Grundstücks) und § 910 BGB. (Eindringen von Wurzeln in das Nachbargrundstück).

b) durch ein Gebäude oder ein anderes mit einem Grundstück verbundenes Werk.
Beispiele: Einsturz des Gebäudes oder Ablösung von Teilen desselben; vgl. §§ 836, 837, 838 BGB.

c) speziell durch ein Bergwerk.

Die Einwirkung kann ferner geschehen durch bewegliche Sachen, insbesondere

d) durch Fuhrwerke, Kraftfahrzeuge, Eisenbahnfahrzeuge, Flugzeuge, Schiffe u. dgl.,

e) durch Tiere; vgl. §§ 833. 34 BGB., §§ 44ff. des Reichsjagdgesetzes[7].

Sie kann auch geschehen durch Personen, nämlich

f) durch Angestellte, die zu einer Verrichtung bestellt werden; vgl. § 831 BGB.
Beispiel: Ein im Betriebe beschäftigter Arbeiter, der einige schwere Eisenstücke in ein anderes, jenseits der Straße gelegenes Betriebsgebäude zur weiteren Verarbeitung zu bringen hat, stößt auf der Straße infolge grober Unvorsichtigkeit mit

---

[6] Oder einen sonstigen Gegenstand; darüber unten.

[7] § 835 BGB. ist durch § 71 RJagdG. außer Kraft gesetzt.

einem Passanten zusammen. Die ihm aus der Hand fallenden Eisenstücke verletzen den Passanten.

g) durch Kinder und andere zu beaufsichtigende Personen; vgl. § 832 BGB.
Beispiel: Ein nichtbeaufsichtigtes, spielendes Kind wirft mit Steinen und verletzt einen Passanten.

Während vorstehend ausschließlich solche Einwirkungen aufgezählt sind, die durch Vermittlung der Körperwelt (Grundstücke, bewegliche Sachen, Personen) geschehen, sind daran endlich auch diejenigen Einwirkungen anzureihen, die

h) durch einen geistigen Tatbestand vermittelt werden. Es ist hier an die Einwirkung gedacht, die durch eine rechtserhebliche Erklärung geschieht, insbesondere etwa durch eine Einladung an das Publikum, in Vertragsverhandlungen über irgendeinen Gegenstand einzutreten. Die Gefahren, die bei dem Eintritt in Vertragsverhandlungen für die Beteiligten entstehen, liegen auf der Hand; sie spielen bei der Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß eine bedeutende Rolle. Derjenige, der zu Vertragsverhandlungen einlädt, ist verpflichtet, in gewissem Umfang dafür zu sorgen, daß die Beteiligten dabei nicht zu Schaden kommen. Näheres darüber unten § 6.

Welche Verkehrspflichten in jedem der aufgezählten Fälle dem Eigentümer des Grundstücks oder Gebäudes, dem Halter des Fuhrwerks oder des Tieres, dem Dienstherrn des Angestellten, dem Aufsichtspflichtigen über das Kind usw. erwachsen, richtet sich jeweils nach den Umständen des Falles. Es wird insbesondere einen Unterschied machen, ob der Eigentümer oder Halter der betreffenden Sache deren Einwirkungsmöglichkeit leichter oder schwerer beherrschen kann. Im ersteren Falle werden grundsätzlich stärkere Anforderungen an die zu beobachtende Sorgfalt zu stellen sein, als im zweiten Fall. Danach wird man z. B. dem Jagdausübungs-Berechtigten schwerlich einen Vorwurf daraus machen können, daß durch Wild seines Jagdbezirks Grundstücke beschädigt wurden; dagegen dürfte der Gebäudebesitzer fast nie dem Vorwurf einer Fahrlässigkeit entgehen, wenn das Gebäude baufällig wurde und einstürzte.

Wenn der Jagdausübungsberechtigte nach § 44, Abs. 2 RJagdG. trotzdem zum Ersatz verpflichtet ist, so beruht dies nicht auf ver-

letzter Verkehrspflicht, sondern auf dem Gedanken, daß, wer die Vorteile und Annehmlichkeiten der Jagd genießt, auch gewisse damit notwendig verbundene wirtschaftliche Nachteile zu ersetzen hat. (Staudinger, 9. Aufl., Erl. 3 zu § 835 BGB.)

Im einzelnen ist zu den verschiedenen Kategorien zu sagen:

In den unter a bezeichneten Fällen wird eine Gefahrabwendungspflicht, soweit es sich um Naturereignisse handelt, meist zu verneinen sein. Man kann dem Eigentümer eines Grundstücks wohl nicht zumuten, Vorkehrungen zu treffen, die den Abrutsch von Geröll auf ein anderes Grundstück oder den bei andauernden Regengüssen möglichen Einsturz einer Halde verhindern. Dem Nachbarn steht es ja frei, seinerseits solche Vorkehrungen zu treffen. Im übrigen hat er unter Umständen die aus seinem Eigentum oder Besitz fließenden Störungsansprüche der §§ 1004, 862 BGB. Anders, wenn die Einwirkungsmöglichkeit durch mitwirkende eigene Tätigkeit geschaffen oder verstärkt wurde, so im Falle des § 909 BGB.: „Ein Grundstück darf nicht in der Weise vertieft werden, daß der Boden des Nachbargrundstücks die erforderliche Stütze verliert, es sei denn, daß für eine genügende anderweitige Befestigung gesorgt ist." Dieser Nachsatz umschreibt den Inhalt der Verkehrspflicht, die aus der durch die Vertiefung geschaffenen Gefahr entsteht.

In den unter b bezeichneten Fällen ist auf die Verkehrspflicht gesetzlich hingewiesen (§ 836 BGB.): der Eigentümer oder Besitzer des Gebäudes hat die Gefahr des Einsturzes oder der Ablösung von Teilen durch zweckmäßige Maßnahmen abzuwenden. Diese Gefahrabwendungspflicht hat überdies, was festgehalten zu werden verdient, eine besondere Stellung dadurch erhalten, daß gemäß § 908 BGB. auf ihre Erfüllung geklagt werden kann.

In den Fällen c besteht eine ähnliche Verpflichtung zur Gefahrabwendung. Diese Verpflichtung ist allerdings teilweise bedeutungslos, nämlich insoweit, als eine Gefährdungshaftung Platz greift[8]. Die Gefährdungshaftung besteht ohne Rücksicht auf ein etwaiges Verschulden und setzt die Verletzung einer Verkehrspflicht nicht voraus.

In den Fällen d wird die Gefahrabwendungspflicht vor allem darin bestehen, daß das Fahrzeug ordnungsmäßig instand ge-

---

[8] Vgl. z. B. Württ. Berggesetz v. 7. 10. 1874 (RgBl. S. 265), Art. 136ff.: Gefährdungshaftung bei Beschädigung des Grundeigentums.

halten wird, und daß die damit beförderten Gegenstände verkehrssicher verladen sind. Die Sorge für die sichere Führung des Fahrzeugs fällt dagegen unter f. Die Verkehrspflicht ist in diesen Fällen allerdings, ebenso wie im Falle c, weitgehend ohne Bedeutung, da für Kraftfahrzeuge, Eisenbahnfahrzeuge und Flugzeuge die Grundsätze der Gefährdungshaftung gelten[9].

Ähnlich ist in den Fällen e die Verkehrspflicht zur Überwachung der Tiere insoweit ohne Bedeutung, als die Gefährdungshaftung Platz greift, insbesondere im Falle des § 833, wenn es sich nicht um ein Haustier handelt, das dem Berufe, der Erwerbstätigkeit oder dem Unterhalte des Tierhalters dient. Ferner in dem schon oben besprochenen Fall der §§ 44ff. RJagdG.

Die Verkehrspflicht, die aus der Bestellung von Angestellten fließt (f) ist wiederum gesetzlich vorgezeichnet; es ist die in § 831 genannte Pflicht zur sorgfältigen Auswahl des Angestellten und, wenn eine solche geboten ist, zur sorgfältigen Leitung seiner Verrichtungen. Nicht gerade aus der Bestellung des Angestellten, sondern mehr aus der allgemeinen Betriebsgefahr dürfte sich die Pflicht zur „Beschaffung von Vorrichtungen und Gerätschaften" (§ 831) herleiten. Wir möchten diese Pflicht deshalb lieber unter b (Verkehrsgefährdung durch ein Gebäude oder ein anderes mit einem Grundstück verbundenes Werk) oder d (Verkehrsgefährdung durch bewegliche Sachen) einreihen.

Ebenso ist die Aufsichtspflicht über eine der Beaufsichtigung bedürfende Person (g) gesetzlich festgelegt: § 832 BGB. Daneben kann es aber auch sonst Pflichten geben, die aus der Gewalthaberschaft über gewisse Personen, z. B. Personen des eigenen Hausstands, erwachsen[10].

Was endlich die Fälle unter h anbetrifft, so kann hier auf das dort Gesagte verwiesen werden.

Wir haben gesehen, daß alle diese Verkehrspflichten darauf beruhen, daß der Verpflichtete eine verkehrsgefährdende Beziehung geschaffen hat oder aufrechterhält, wobei die Beziehung in einer der Verfügung des Verpflichteten unterstehenden Einwirkungsmöglichkeit besteht. Im Letztgenannten unterscheiden sich diese

---

[9] Kraftfahrzeuggesetz v. 3. 5. 1909; Reichshaftpflichtgesetz v. 7. 6. 1871. Luftverkehrsgesetz, Neufassung v. 21. 8. 1936 (RGBl. I, 653).

[10] RGZ. 70, 48; 92, 125 (geisteskranke Angehörige).

Verkehrspflichten aus Verkehrsgefährdung von den Verkehrspflichten aus Verkehrseröffnung. Bei den letzteren besteht jene Beziehung, wie schon hervorgehoben, nicht in der Einwirkungsmöglichkeit, sondern in dem passiven Geöffnetsein. Gemeinsam ist aber beiden das, was Stoll so ausdrückt, daß derjenige, der eine Gefahrenquelle schafft, verpflichtet sei, die zur Abwendung dieser Gefahr erforderlichen Vorkehrungen zu treffen[11]. Gemeinsam ist ihnen aber darüber hinaus, daß ihr Inhalt durch die zugrunde liegende Beziehung bestimmt und vorgezeichnet ist. Das unterscheidet sie beide von den übrigen Verkehrspflichten; denn diesen liegt eine solche Beziehung nicht zugrunde: sie erwachsen jeweils aus der augenblicklichen Situation. Man denke an alle Verkehrspflichten, die der tägliche Umgang mit den Nebenmenschen und ihren Gütern mit sich bringt.

Es handelt sich danach um eine dreifache Unterscheidung: Verkehrspflichten aus Verkehrseröffnung; Verkehrspflichten aus Verkehrsgefährdung und Verkehrspflichten aus augenblicklicher Situation.

Wenn man mit dem RGR.-Kommentar[12] von Verkehrspflichten sprechen will, die die Teilnahme am öffentlichen Verkehr erzeugt, so fügt sich diese Gruppe in unsere Dreiteilung wie folgt ein: nimmt man in eigener Person am Verkehr teil, so ist die daraus erwachsende Verkehrspflicht jeweils eine solche aus augenblicklicher Situation; nimmt man aber als Halter eines Fahrzeugs oder in ähnlicher mittelbarer Weise am Verkehr teil, dann handelt es sich um Verkehrspflichten aus Verkehrsgefährdung. Unter die letzteren ist auch die Gruppe derjenigen Verkehrspflichten zu rechnen, die der RGR.-Kommentar aus sogenannter selbständiger Wirtschaftsführung herleitet[13]. Der RGR.-Kommentar erläutert den Begriff näher dahin, daß jeder, der einer selbständigen Wirtschaft vorsteht, für verpflichtet gelten müsse, bei der Regelung der auf die Außenwelt wirkenden Angelegenheiten des täglichen Lebens auf fremde Rechtsgüter Rücksicht zu nehmen und sein Verhalten so einzurichten, daß dabei Verletzungen anderer möglichst vermieden werden[14]. Einige

---

[11] Siehe oben S. 16, Fußnote 3.

[12] Vgl. oben S. 15, Fußnote 2.

[13] Siehe oben S. 15.

[14] Der Begriff „Selbständige Wirtschaft" ist unklar und farblos. Das RG. sagt selbst, daß die Anwendung des Satzes im einzelnen wesentlich von den tatsächlichen und rechtlichen Beziehungen, die zwischen den Beteiligten bestehen, abhängig sei.

der vom RGR.-Kommentar gegebenen Beispiele sind oben S. 21, Fußnote 10 erwähnt. Daß es sich in diesen Fällen um eine Verkehrsgefährdung im Sinne der obigen Ausführungen handelt, bedarf keiner weiteren Begründung.

Wie die Verkehrspflichten aus Verkehrseröffnung, so können auch diejenigen aus Verkehrsgefährdung auf Hilfspersonen übertragen werden. Beispiele bieten die Fälle 3 und 4 der als Ausgangspunkt dieser Arbeit gewählten Entscheidungen: die Pflicht zur sorgfältigen Auswahl des Kutschers war dem Betriebsleiter übertragen; die Pflicht zur verkehrssicheren Vertäuung des Schiffes den Hafenarbeitern.

Dagegen ist eine solche Übertragung auf Hilfspersonen bei den Verkehrspflichten aus augenblicklicher Situation nicht möglich. Es liegt in der Natur der Sache, daß derjenige, dem aus irgendeiner augenblicklichen Lage des täglichen Lebens eine Gefahrabwendungspflicht erwächst, diese nur in eigener Person erfüllen kann. Die Pflicht ist hier gewissermaßen höchst persönlich. Wenn z. B. bei der Aufrichtung eines Baugerüsts ein Balken herabzufallen droht, mit dessen Befestigung einer der Arbeiter gerade beschäftigt ist, so können die aus dieser Gefahrenlage dem betreffenden Arbeiter erwachsenden besonderen Pflichten nur von ihm selbst erfüllt werden.

Zusammenfassend: während es sich in den Fällen 1 und 2 um Verkehrspflichten aus Verkehrseröffnung handelt, sind es in den Fällen 3 und 4 Verkehrspflichten aus Verkehrsgefährdung.

§ 4. Der Grundgedanke des § 278 BGB.

I. Die verschiedenen Ansichten[1]

Die Motive S. 29f. stellen zunächst die im Gemeinen Recht ausgebildeten hauptsächlichen Theorien heraus, die sich mit der Haftung des Schuldners für seine Erfüllungsgehilfen befassen, nämlich die eine, die als damals überwiegend bezeichnet wird, wonach der Schuldner, von Ausnahmen abgesehen, nur bei unbefugter Substituierung eines Gehilfen unbedingt hafte, während er im anderen Falle nur bei eigenem Verschulden, nämlich Verschulden bei der Auswahl und Beaufsichtigung des Gehilfen, haftbar sei; und die

[1] Vgl. im folgenden Ostwald, Der Erfüllungsdiener (1920), S. 16f.

andere, an den Art. 1384 des Code Civil sich anlehnende, wonach der Schuldner regelmäßig und unbedingt haftbar sei. Unter Berufung auf eine auch von den Anhängern der ersterwähnten Ansicht gebilligte Ausnahme, wonach beim Werkvertrag unbedingte Haftung gelte, stellen sich die Motive sodann auf den Standpunkt, daß in allen Fällen unbedingte Haftung eintreten müsse. Sie begründen dies mit dem später in der Literatur immer wieder zitierten, berühmt gewordenen Satz, daß der Schuldner, welcher sich der Hilfe Dritter bei der Bewirkung der Leistung bediene, im eigenen Interesse und folgeweise auch auf seine eigene Gefahr handle. Sie begründen die Haftung aber gleichzeitig auch mit einem anderen Gedanken: wenn der Schuldner eine Leistung versprochen habe, so erblicke der Verkehr in diesem Versprechen auch die Übernahme einer Garantie für das ordnungsmäßige Verhalten derjenigen, deren Mitwirkung sich der Schuldner bediene.

Unger, Handeln auf eigene Gefahr, S. 59, stellt sich auf den Standpunkt der Motive. Der Satz vom eigenen Interesse und der eigenen Gefahr gebe in der Tat den inneren Grund der Haftung wieder. Der Schuldner finde es zwar unbillig, eine so weitgehende Verantwortlichkeit für unkontrollierbare Handlungen und Unterlassungen seiner Gehilfen übernehmen zu sollen; man müsse sich aber auf die Seite des Gläubigers stellen, auf den als daran ganz Unbeteiligten ein Fehlgriff des Schuldners in der Auswahl des Gehilfen und der daraus resultierende Mißerfolg nicht abgewälzt werden dürfe. Unger faßt diese Gedanken in den Satz zusammen: wie das korrekte Verhalten der Gehilfen dem Schuldner zum Vorteil dient, so muß auch das schuldhafte Verhalten derselben ihm zum Nachteil ausschlagen[2].

Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 802f., erklärt die Haftung aus einem Herrschaftsverhältnis, vermöge dessen in einem bestimmten Bereiche die Persönlichkeit durch eine ihrer Willensbetätigung als Werkzeug dienende fremde Persönlichkeit erweitert werde[3] und mit dem Zuwachs an Willensmacht nun auch eine entsprechende Verantwortlichkeit für Willensfehler in dieser Sphäre übernehmen solle.

---

[2] Rümelin, Die Gründe der Schadenszurechnung (1896), S. 59, nennt dies „Verbindung von Genuß und Haftung".

[3] Fast die gleiche Begründung gibt Brodmann, Die Haftung des Schuldners nach § 278 BGB., insbesondere die Haftung des Versicherungsnehmers, Iherings Jahrbuch 58, S. 187f.

Rümelin, a. a. O. S. 85f.[4], vermeidet die Bestimmung eines eigentlichen Grundgedankens. Er meint aber, daß die ratio der Gefährdungshaftung hier ihre treibende Kraft äußere, und daß deshalb die unbedingte Haftung konsequenterweise auch auf außerkontraktlichem Gebiet gelten müßte. Er verweist auf § 31 BGB.: die juristische Person hafte gleicherweise für außerkontraktliches wie für kontraktliches Verschulden ihrer verfassungsmäßigen Vertreter[5]. Diese unterschiedliche Behandlung von juristischen und natürlichen Personen führe zu unhaltbaren Inkonsequenzen[6]. Rümelin begründet weiterhin seine Auffassung interessanterweise auch mit seiner bekannten Theorie, daß der Schuldner auch für denjenigen Schaden hafte, den der Gehilfe bei Gelegenheit der Erfüllung dolos verursacht habe. Da, wie wir später sehen werden, diese Frage für das Thema dieser Arbeit von einiger Wichtigkeit ist, soll näher darauf eingegangen werden. Rümelin geht von folgenden Beispielen aus: die abzuliefernde Sache wird nachlässig transportiert, das Faß, in das der Wein eingefüllt werden soll, nicht genügend gereinigt; zum Bau eines Hauses wird nasses Holz verwendet. Hier handle es sich zweifellos um Verschulden bei der Ausführung der Leistung. Dazu werde man aber auch den Fall rechnen müssen, wenn der Bote die abzuliefernden Objekte so auf den Boden oder auf die Treppe wirft, daß eine Beschädigung der Räume entsteht; oder wenn der Glasergehilfe, der Vorfenster einsetzen soll, beim Transport aus Unachtsamkeit eine wertvolle Spiegelscheibe einstößt. Nicht mehr zweifelsfrei könnten aber zur Ausführung der Leistung solche Handlungen des Gehilfen gerechnet werden, die eine vorsätzliche, etwa mutwillige oder boshafte Schadenszufügung enthielten. Trotzdem müsse die Haftung auch für diese Fälle bejaht werden, sofern die Erfüllung der Obligation Anlaß zu der Beschädigung gegeben habe, und sofern durch die Benützung des Angestellten die Gefahr einer derartigen Beschädigung begründet war. Die interessante Schlußfolgerung Rümelins ist nun die: nehme man an, daß der Schuldner für vorsätzliche Delikte des Gehilfen hafte, so sei nicht einzusehen, warum die Haf-

[4] Vgl. auch seine Rede: Schadensersatz ohne Verschulden, 1910, S. 29.

[5] Vgl. auch Eckstein, Die Haftung für unerlaubte Handlungen des Repräsentanten, Arch.Ziv.Pr. 114, S. 114f.

[6] Ob der Ingenieur des Herrn v. Stumm, oder aber ein staatlicher Reg.-Baumeister bei der Anlegung einer Straße fahrlässige Sprengungen vornehme, müsse doch gleichgültig sein.

tung auf das Verhältnis dem Gläubiger gegenüber beschränkt werden solle. Warum solle der Küfermeister haften, wenn der Küfergeselle dem Kunden bei Verfüllen des Weines eine Flasche Wein stiehlt, und nicht haften, wenn er in den Nachbarkeller hinübergreift und dort eine wegnimmt? Diese Schlußfolgerung ist einleuchtend. Es ist in der Tat nur ein ganz kleiner Schritt, der hier vom kontraktlichen Gebiet in das Gebiet der unerlaubten Handlungen führt. Aber man kann mit Recht einwenden, daß man sich bei jenen selbständigen Delikten des Gehilfen, die mit der Vertragserfüllung selbst nichts mehr zu tun haben, eben schon nicht mehr auf kontraktlichem Boden befinde, und daß es deshalb unzulässig ist, sie in das Kontraktsrecht einzubeziehen.

Nußbaum, Haftung für Hilfspersonen (1898), S. 48f., gibt unter Ablehnung der Gierkeschen und der Ungerschen Begründung folgende Erklärung: die Haftung des § 278 sei wohl überhaupt nicht auf einen bestimmten Rechtsgedanken zurückzuführen, vielmehr beruhe sie, wie auch andere gesetzlichen Vorschriften, insbesondere des Schadensersatzrechtes, auf einem Kompromiß, d. h. einem Ausgleich verschiedener Bestrebungen und Rechtspostulate. Es könne für den modernen Verkehr nicht ausreichen, wenn man dem Schuldner lediglich die Beobachtung einer diligentia diligentis patris familias auferlegen würde. Der ökonomische Effekt, um dessenwillen das Schuldverhältnis begründet wurde, könne dem Gläubiger nur noch dadurch in genügender Weise gewährleistet werden, daß das objektive Recht dem Schuldner die Garantie für seine Hilfspersonen auferlege. Für Nußbaum ist dieser Gedanke von der Gewährleistung des ökonomischen Effekts der Obligation, d. h. von der Sicherstellung des Leistungszwecks, immer wieder die Richtschnur bei der Entscheidung der einzelnen Streitfragen, weshalb seine Auffassung über den Sinn des § 278 wohl am besten in diesen Gedanken zusammengefaßt werden kann.

Wichtig und vielzitiert ist die Begründung, die Enneccerus (jetzt Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 12. Bearbeitung 1932, S. 171) gibt: wer eigene Leistung schuldet, schuldet eigene sorgfältige Leistung; wer fremde Leistung schuldet, schuldet fremde sorgfältige Leistung. Wer aber, wie es gewöhnlich zutrifft, eine Leistung schuldet, die durch eine von vornherein nicht bestimmte Person erfolgen soll, der haftet für die sorgfältige Leistung dessen, der diese Leistung bewirkt.

Diese Begründung wird von Staudinger-Werner, Kommentar, 9. Auflage 1929, übernommen. Er spricht von einem „Garantieprinzip".

Die übrigen großen Kommentare[7] bezeichnen ähnlich Unger und Rümelin das Prinzip der Gefährdungshaftung als Grundgedanken des § 278. Nähere sehr beachtliche Ausführungen finden sich bei Planck-Siber. Die Gefährdung sei nicht darin zu suchen, daß im konkreten Fall von dem Eingreifen des Gehilfen mehr Schaden zu befürchten wäre als von einer persönlichen Tätigkeit des Schuldners, sondern darin, daß der Gläubiger bei der Erfüllung seine Rechtsgüter der Berührung mit Personen aussetzen müsse, auf deren Auswahl er keinen Einfluß habe, und die ihm vertraglich zu nichts verpflichtet seien.

II. Bestimmung des Grundgedankens

Ich möchte diesen verschiedenen Erklärungsversuchen eine andere Auffassung von dem Sinn des § 278 gegenüberstellen. Es sind dabei folgende Erwägungen voranzustellen.

Was ist die Verbindlichkeit, die der Schuldner zu erfüllen hat und zu deren Erfüllung er sich gegebenenfalls einer Hilfsperson bedient? Nehmen wir folgendes Beispiel (bei Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, § 44, 112): Der Installateur, der einen Kronleuchter aufzuhängen hat, zerstößt beim Kommen oder Gehen mit der Leiter die Scheiben der Vorplatztüre. Gehört es nun zu seiner Verbindlichkeit, neben dem Aufhängen des Kronleuchters auf eine Nichtbeschädigung der Glastüre bedacht zu sein? Mit anderen Worten: verletzt er mit der Beschädigung der Glastüre nur eine allgemeine Sorgfaltspflicht, die ihm gegenüber jedem Dritten obliegt, oder verletzt er damit die ihm gerade gegenüber dem Gläubiger obliegende Verbindlichkeit? Dieselbe Frage erhebt sich entsprechend bei den S. 25 erwähnten, von Rümelin angeführten Beispielen: die abzuliefernden Gegenstände werden so auf den Boden geworfen, daß die Räume beschädigt werden; beim Transport der einzusetzenden Vorfenster wird eine wertvolle Spiegelscheibe eingestoßen. Nach dem heutigen Stand der Rechtspre-

[7] RGR.-Kommentar, Erl. 1 z. § 278: Örtmann, Erl. 1 z. § 278: Planck Siber, Erl. 1 z. § 278.

chung und Rechtslehre muß die gestellte Frage zweifellos im letzteren Sinne beantwortet werden. Es wird heute kein Gericht geben, das in solchen Fällen dem Gläubiger nicht einen nach Vertragsrecht zu beurteilenden Schadensersatzanspruch zubilligen würde, und insbesondere besteht auch keine Meinungsverschiedenheit darüber, daß in den Fällen, in denen ein Gehilfe des Schuldners den Schaden verursacht hat, die Bestimmung des § 278, nicht etwa § 831 Anwendung findet.

Es ist hier nicht der Ort, die Frage, was alles zur Verbindlichkeit des Schuldners gehöre, insbesondere welche Nebenpflichten neben die Hauptpflicht, die eigentliche Leistungspflicht, treten können, kritisch zu untersuchen. Es muß insbesondere darauf verzichtet werden, auf die verwickelten außerordentlich bestrittenen Fragen einzugehen, die der Begriff der „positiven Vertragsverletzung", überhaupt der vertraglichen Unterlassungspflichten und ihrer verschiedenen Unterarten mit sich gebracht hat[8]. Es mag genügen, das Ergebnis festzustellen, daß die herrschende Lehre neben die Leistungspflicht eine ganze Reihe von schuldnerischen Nebenpflichten stellt, wonach der Schuldner außer der eigentlichen Leistung zu allen sonstigen Maßnahmen, die als zur Erreichung des Vertragszwecks erforderlich erscheinen, verpflichtet ist, und insbesondere dazu, etwaige Schädigungen vom Gegner tunlichst abzuhalten. Diese Nebenpflichten werden vielfach untergeteilt in Anzeigepflichten, Auskunftspflichten, Aufbewahrungspflichten, Unterlassungspflichten usw. Daß es sich bei den obigen Beispielen um Verletzung solcher Nebenpflichten, speziell Unterlassungspflichten[9] handelt, bedarf keiner weiteren Ausführung. Damit ist auch gesagt, daß § 278 auf sie Anwendung findet. Es scheint sogar, daß diese Unterlassungspflichten von Anfang an als das Hauptanwendungsgebiet des § 278 galten und daß die überwiegende Meinung diese Anwendung schon zu einer Zeit bedenkenlos bejaht hat, als der Begriff der Nebenpflicht, insbesondere der positiven Vertragsverletzung noch nicht ausgebildet war. Die Diskussion über die letztere ist ja erst mit der Staubschen Abhandlung über die positive Vertragsverletzung 1902 eröffnet worden, während neben Rümelin, Die Gründe der Schadenszurechnung, 1896, die Anwendbarkeit des § 278

[8] Vgl. Ortmann, Erl. 2 und 4 z. § 241; Erl. 3b z. § 278; Erl. III z. § 280.

[9] Vgl. Lehmann, Die Unterlassungspflicht, 1906, S. 288ff., besonders S. 293: „Der Schuldner haftet für die Unterlassung der Personen, denen er die Möglichkeit der Zuwiderhandlung eröffnet hat."

in den genannten Fällen ohne weiteres bejaht hat. Nur in den Fällen der mutwilligen und böswilligen Schädigung des Gläubigers hielt er eine Begründung seiner Ansicht für nötig.

Allerdings muß eingeräumt werden, daß Nußbaum[10] mit seinem Begriff der „unechten Verbindlichkeit" eine Unterscheidung zwischen der durch Klage erzwingbaren Leistungspflicht (Inhalt: ein Handeln, welches der Übertragung eines Gutes dient) als der „echten Verbindlichkeit" und einer etwa nebenher gehenden andersartigen Nebenpflicht als der „unechten Verbindlichkeit" vorgenommen hat. Nur auf die echte Verbindlichkeit wendet Nußbaum die Bestimmung des § 278 an. Als unechte Verbindlichkeiten bezeichnet er z. B. alle Handlungen, welche dem Vertragsgegner kein Gut zuführen, sondern vor allem den Handelnden selbst vor Schaden bewahren, bzw. ihm einen Vorteil bringen, ihm z. B. einen Ersatzanspruch, einen Anspruch auf Zahlung einer Versicherungssumme, ein Widerspruchsrecht und dergleichen erhalten sollen. Unechte Verbindlichkeit ist nach ihm außerdem die Pflicht zur Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (wozu er zweifellos die obigen Fälle rechnen würde). Er hat aber mit dieser Betrachtungsweise wenig Anklang gefunden[11].

Wir wollen festhalten, daß der eigentlichen Leistungspflicht Nebenpflichten gegenüberstehen. Wo die Grenze zwischen beiden verläuft, mag im Einzelfalle recht schwierig festzustellen sein. Trotzdem ist die Unterscheidung zweifellos eine Notwendigkeit, und es muß außerordentlich begrüßt werden, daß Stoll in das undurchsichtige Durcheinander von Auskunfts- und Anzeigepflichten, Erhaltungs- und Unterlassungspflichten, Vorbereitungs- und Obhutspflichten und vielen anderen durch seine Untersuchungen[12] Ordnung gebracht hat. Wir übernehmen im folgenden seine Unterscheidung von Leistungspflicht und Schutzpflicht, die auf der Unterscheidung von „Leistungsinteresse" und „Schutzinteresse" beruht. Nur soweit das eigentliche Leistungsinteresse verletzt wird (z. B. durch Unmöglichkeit der Leistung, Verzug und mangelhafte Leistung) handelt es sich um Leistungspflichten; soweit aber die Abwehr von Schädigungen — übrigens nicht nur auf seiten des Gläubigers, son-

[10] A. a. O. S. 54.

[11] Vgl. hiezu Örtmann, Erl. 3b z. § 278.

[12] Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung, Arch.Ziv.Pr. N. F. 16, 257, und „Die Lehre von den Leistungsstörungen", Schriften der Akademie für Deutsches Recht, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1936.

dern auch auf seiten des Schuldners — in Frage steht, die sich aus Anlaß der Durchführung des Vertragsverhältnisses ergeben können, handelt es sich um Schutzpflichten[13]. Das Gebiet der sogenannten Nebenpflichten deckt sich übrigens nicht in allen Teilen mit dem Gebiet der Schutzpflichten. Die Unterscheidung Stolls ist vielmehr derart, daß z. B. „positive Vertragsverletzungen" teilweise zu den Verletzungen des Leistungsinteresses zu zählen sind; denn dem Leistungsinteresse dienen alle Pflichten, die zu seiner Verwirklichung notwendig sind, gleichgültig, ob sie unmittelbar in einer Erfüllungshandlung bestehen, oder die Erfüllung nur vorbereiten, ob sie Haupt- oder Nebenpflichten sind. Was jeweils zu den Leistungspflichten rechnet, kann nur aus dem gesamten Vertraginhalt ermittelt werden (Leistungsstörungen, S. 28)[14].

Wenn wir nun den Grundgedanken des § 278 bestimmen wollen, so wollen wir einmal von der Erklärung absehen, die die Motive geben. Zwar ist einzuräumen, daß in erster Linie sie es sind, die bei der Frage nach dem Sinn und Zweck einer Gesetzesbestimmung ein maßgebendes Wort zu sprechen haben. Es gibt aber Fälle, und gerade der vorliegende scheint ein solcher zu sein, wo der Gesetzgeber seine eigene Gesetzesbestimmung unrichtig motiviert. Dieser Gefahr kann er insbesondere dann leicht unterliegen, wenn er eine herrschende Übung gesetzlich sanktioniert, oder eine in der Wissenschaft vertretene Lehre anerkennt. Wir wollen also von dem Wortsinn der Bestimmung ausgehen und verstehen diesen so:

Der Schuldner hat ein Verschulden der Hilfspersonen, deren er sich zur Erfüllung seiner „Verbindlichkeit" bedient, in „gleichem

---

[13] Vgl. insbesondere „Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung", S. 262ff. und S. 298; ferner: Leistungsstörungen, S. 27ff.

[14] Auf die Frage, welche Rechtsfolgen an die Verletzung der Leistungspflicht und der Schutzpflicht geknüpft werden können, ob einfacher Schadensersatz, Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Rücktritt, braucht hier nicht näher eingegangen zu werden. In der speziellen Streitfrage, ob aus § 276 BGB. der Grundsatz zu entnehmen sei, daß jede vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung einer Verbindlichkeit zum Schadensersatz verpflichte, möchten wir uns entgegen Stoll, Abschied, S. 282ff., der gegnerischen, neuerdings wieder von Heck. Zur Entstehungsgeschichte des § 276 Satz 1 BGB., Arch.Ziv.Pr. N. F. 17, S. 259, vertretenen Auffassung anschließen, wonach § 276 nicht eine „vollständige Haftungsnorm" (Terminologie Hecks), sondern lediglich eine „Verantwortungsnorm" enthält in dem Sinne: „Wenn eine andere Norm bestimmt, daß der Schuldner bei Vorliegen einer Verantwortung (Vertretung) haftet, so genügen für diese Verantwortung Vorsatz oder Fahrlässigkeit, wenn nichts anderes bestimmt ist."

Umfange wie eigenes Verschulden" zu vertreten. Mit anderen Worten: in dem Umfang, in welchem er eigenes Verschulden zu vertreten hat, hat er auch das Verschulden des Gehilfen zu vertreten. Zum Umfang der eigenen Verantwortung des Schuldners gehört aber

die Verbindlichkeit (Leistungspflicht oder Schutzpflicht);
der Haftungsgrad (Vorsatz, grobe Fahrlässigkeit usw., Zufall);
die Haftungsart (Schadensersatz, Schadensersatz wegen Nichterfüllung, Rücktritt).

Dies sind gewissermaßen die Elemente, aus denen sich die Verantwortung in jedem einzelnen Falle aufbaut. Nehmen wir z. B. den Fall der Unmöglichkeit der Leistung (§§ 280ff., 323ff. BGB.): wird die Leistung infolge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstands (Haftungsgrad: Vorsatz, Fahrlässigkeit, gegebenenfalls — etwa während des Verzugs — auch Zufall; §§ 276, 287 Satz 2 BGB; vgl. auch § 701 BGB.) unmöglich (Verletzung der Verbindlichkeit, speziell der Leistungspflicht), so hat der Schuldner dem Gläubiger den durch die Nichterfüllung entstehenden Schaden zu ersetzen (Haftungsart). Handelt es sich um einen gegenseitigen Vertrag, so kann die Haftungsart auch darin bestehen, daß der Leistungspflichtige den Rücktritt des anderen Teils zu „dulden" hat (§ 325, Satz 1 BGB.). Tritt etwa die Unmöglichkeit während des Verzugs des anderen Teils ein, so hat der Leistungspflichtige nach § 300, Absatz 1 BGB. nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten. Dieselbe Veränderung im Haftungsgrad tritt z. B. im Falle des § 521 beim Schenker und des § 599 beim Verleiher ein. Wird eine Schutzpflicht verletzt, so kommt es ebenfalls darauf an, welcher Haftungsgrad (Vorsatz, Fahrlässigkeit) vorliegen muß, um eine bestimmte Haftungsart (einfacher Schadensersatz oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Rücktritt) zu begründen[15].

Demgemäß im Falle des Gehilfen:

Wenn der Schuldner das Verschulden seiner Gehilfen in demselben Umfang wie eigenes Verschulden zu vertreten hat, so bedeutet dies:

---

[15] Ob und welche gesetzliche Bestimmungen hier heranzuziehen sind, ist streitig. Vgl. im einzelnen Stoll, Abschied; ferner Örtmann, Erl. III 7 § 280; ferner Stoll, Leistungsstörungen, insbesondere S. 122.

verschuldet der Gehilfe die Unmöglichkeit der Leistung, so hat der Schuldner Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu leisten; tritt die Unmöglichkeit während des Verzugs des anderen Teils ein, so haftet der Schuldner nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit des Gehilfen; tritt aber die Unmöglichkeit während des eigenen Verzugs ein, so haftet der Schuldner schon bei zufälligem Untergang des Leistungsgegenstandes, sei es, daß der Zufall in der Person des Gehilfen oder in der Person des Schuldners oder sonstwie eintrat. Man wird also sagen können:

> In denselben Fällen (Verzug, Unmöglichkeit, mangelhafte Leistung, Schutzpflichtverletzung) und in demselben Haftungsgrad (Vorsatz, Fahrlässigkeit, Zufall), in welchem der Schuldner eigenes Tun oder Unterlassen auf diese oder jene Weise (durch Schadensersatz, Schadensersatz wegen Nichterfüllung usw.) zu vertreten hat, hat er auch ein Tun oder Unterlassen seiner Gehilfen zu vertreten.

Die Haftung des Schuldners bleibt in allen Teilen dieselbe, gleichgültig ob der Schuldner in eigener Person die Verbindlichkeit erfüllt, oder ob er zur Erfüllung eine Hilfsperson bestellt[16]. Der Schuldner kann sich die Haftung durch Bestellung einer Hilfsperson nicht erleichtern; seine Haftung wird aber auch nicht erschwert. Eine Erschwerung der Haftung ist man geneigt anzunehmen, wenn man die Bedeutung des § 278 darin zu sehen meint, daß es sich hier im Gegensatz zum allgemeinen Verschuldensprinzip um eine Haftung o h n e (eigenes) Verschulden handelt, daß also hier der Haftungsmaßstab so streng sei, daß der Schuldner nicht nur bei Vorsatz und Fahrlässigkeit, sondern auch ohne Verschulden hafte. Diese Auffassung führt in

---

[16] Es wird dabei nicht verkannt, daß wenn zwei dasselbe tun, es nicht dasselbe ist. Bei dem einen ist dasselbe Verhalten unter Umständen ein sehr viel geringeres, bei dem anderen ein schwereres Verschulden, je nach dem persönlichen Einsichtsvermögen, Ausbildungsgrad oder Sachverständnis des Täters. Für die zivilrechtliche Beurteilung wird dies aber im allgemeinen keinen Unterschied machen. Ob geringeres oder schwereres Verschulden, die zivilrechtliche Haftung bleibt sich im allgemeinen gleich. Über grobes Verschulden und culpa in concreto unten S. 35. Anders ist es allerdings in den seltenen Fällen der Verschuldensunfähigkeit (§§ 827, 828 i. V. m. 276) des Gehilfen. Hier liegt ein Verschulden des Gehilfen überhaupt nicht vor, so daß eine Haftung nach § 278 entfallen muß, vgl. S t a u d i n g e r, Erl. II 2a z. § 278. Diese Fälle müssen als Ausnahme von der Regel eben hingenommen werden.

ihrer Konsequenz zu der Lehre Nußbaums[17], wonach der Schuldner in denjenigen Fällen, in denen er selbst nur für culpa in concreto oder nur für grobes Verschulden hafte, für Gehilfen (nach § 278) überhaupt nicht hafte. Nußbaum hält dies für einen logisch zwingenden Schluß, denn wenn der Schuldner nicht einmal für jedes Verschulden hafte, wieviel weniger hafte er ohne Verschulden, also für den Gehilfen. Er gibt zu, daß der Wortlaut „in gleichem Umfang" seiner Auffassung entgegensteht, meint aber, daß auf diesen Wortlaut kein Gewicht falle, es könnte gerade so gut dafür das Wort „ebenso" gesetzt werden. Der Wortlaut: „Der Schuldner hat ein Verschulden seiner Hilfspersonen ebenso wie sein eigenes zu vertreten", lasse eine Ausnahme wie die von ihm behauptete sehr wohl zu[18]. Mit Recht ist aber die gegenteilige Auffassung herrschend[19], wonach § 278 auch in diesen Fällen gilt, und zwar unter entsprechender Beschränkung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit oder culpa in concreto des Gehilfen. Aber man muß zugeben, daß Nußbaum dann recht hätte, wenn § 278 tatsächlich die von ihm gedachte Erschwerung der Schuldnerhaftung bedeuten würde.

Wir sind damit an dem Punkt angelangt, um den Sinn des § 278 bezeichnen zu können:

Die Haftung für den Gehilfen ist nicht eine Erschwerung der Schuldnerhaftung. Sie verhindert nur eine Erleichterung derselben, die ohne sie eintreten würde. Wir haben oben ausgeführt, daß die Verantwortlichkeit des Schuldners in allen Teilen dieselbe bleibt, gleichgültig, ob der Schuldner in eigener Person erfüllt, oder ob er zur Erfüllung eine Hilfsperson bestellt. Würde die Bestimmung des § 278 fehlen, so wäre die Folge die, daß sich der Schuldner mit der Gehilfenbestellung von der Verantwortung für die weitere Abwicklung des Schuldverhätnisses befreien könnte: er würde ja für das Verschulden des Gehilfen nicht haften. Diese Abwälzung der Verantwortung auf den in keinem Vertragsverhältnis mit dem Gläubiger stehenden Gehilfen würde eine empfindliche Schlechterstellung des Gläubigers bedeuten. Hier greift § 278 ein und bewirkt, daß diese Schlechterstellung, die dem Gläubiger in der Tat nicht zugemutet werden kann, sofort wieder dadurch kompensiert wird, daß die Verantwortlichkeit des Schuldners als unwandelbar[20] fest-

[17] A. a. O. S. 88ff.
[18] Ähnlich Dernburg, a. a. O. § 68, 9.
[19] Vgl. Örtmann, Erl. 4bβ z. § 278.
[20] Wenn auch nicht unabdingbar; § 278, S. 2.

gelegt wird. Diese Verantwortlichkeit soll davon unabhängig sein, ob der Schuldner in eigener Person oder durch einen Gehilfen erfüllt. Ein Grundsatz, der durchaus unserem Billigkeitsempfinden entspricht. Nur so kann es dem Gläubiger zugemutet werden, sich mit Gehilfenerfüllung abzufinden. Der Sinn des § 278 läßt sich danach etwa dahin ausdrücken: die Verantwortlichkeit des Schuldners soll durch die Bestellung einer Hilfsperson nicht geändert werden.

Man kann nun einwenden, es sei damit nur der Inhalt des § 278 beschrieben, nicht aber dessen Grundgedanke aufgezeigt. Man wird aber mit Nußbaum (siehe oben S. 26) sagen müssen, daß hier überhaupt nicht ein bestimmter, vorgefaßter Rechtsgedanke zugrunde liegt[21], sondern eine Billigkeitserwägung, nämlich die Erwägung, daß es zweckmäßig und billig erscheint, die durch die Gehilfenbestellung eintretende Schlechterstellung des Gläubigers wieder auszugleichen. Dieser Ausgleich hätte ebensogut mit Hilfe einer gesetzlichen Fiktion erreicht werden können des Inhalts, daß das, was der Gehilfe in Ausführung der Erfüllung verschuldet, so angesehen wird, als ob es der Schuldner selbst verschuldet hätte. Diese Fiktion wäre in ihrer Art durchaus verwandt mit den zahlreichen übrigen Fiktionen des Rechts, deren wichtigstes Merkmal Vaihinger mit Recht in ihrer Zweckmäßigkeit sieht[22]. So wie es etwa im Falle des § 1923 Abs. 2 BGB. darum geht, aus Zweckmäßigkeits- und Billigkeitsgründen die erbrechtliche Schlechterstellung der Leibesfrucht gegenüber den schon lebenden Abkömmlingen auszugleichen, so handelt es sich auch hier um den Ausgleich einer als unzweckmäßig und unbillig empfundenen Benachteiligung.

Dieser Ausgleich hätte noch konsequenter und erschöpfender durchgeführt werden können, als es im Gesetz geschehen ist, durch eine noch weitergehende Fiktion des Inhalts, daß das, was der Gehilfe in Ausführung der Erfüllung tut oder unterläßt — nicht bloß was er verschuldet —, so angesehen wird, als ob es der Schuldner selbst getan oder unterlassen hätte. Ein solches Einstehen des Schuldners für das Verhalten seines Gehilfen wird denn auch ver-

---

[21] Vgl. Örtmann, Erl. 1 z. § 278: „Welches aber in Wahrheit der treibende Gedanke der Regelung sei, ist nicht sicher. Richtig ist nur, daß hier wie überall der Leitgedanke aus den Einzelvorschriften zu entnehmen, nicht als ein a priori gewonnener zu ihrer Auslegung zu verwenden ist."

[22] Vaihinger, Die Philosophie des Als OB, 3. Aufl., 1918, S. 46ff., besonders S. 174.

einzelt[23] angenommen. Es widerspricht dies aber dem eindeutigen Wortlaut des § 278, wonach der Schuldner ein Verschulden, nicht ein Verhalten der Hilfspersonen zu vertreten hat[24]. Immerhin gibt es Fälle, in denen es billig erscheint, nicht darauf abzustellen, ob und in welchem Umfang sich das Verhalten des Gehilfen als Verschulden gerade in der Person des Gehilfen darstellt, sondern ob es sich als Verschulden in der Person des Schuldners darstellen würde, wenn es sein eigenes Tun oder Unterlassen wäre. So möchten wir in den Fällen, in denen nur für grobes Verschulden oder culpa in concreto gehaftet wird, die Frage, ob es bei der Beurteilung darauf ankomme, was für den Gehilfen oder was für den Schuldner grobes Verschulden usw. ist, im letzteren Sinne beantworten[25].

Unsere Auffassung des § 278 erleidet jedoch eine wichtige Ausnahme im Falle der vorsätzlichen Delikte, die der Gehilfe bei Gelegenheit der Erfüllung begeht. Man hat die Rümelinsche Ansicht, die hier eine Haftung nach § 278 bejaht, im allgemeinen unter Berufung auf die Fassung des Gesetzes abgelehnt und hat ihr die Auslegung gegenübergestellt, daß nur diejenigen Verstöße des Gehilfen, die in Ausführung der Erfüllung geschehen, den Schuldner haftbar machen[26]. Diese Unterscheidung wird aber sehr fragwürdig in dem Augenblick, in dem man neben die Leistungspflicht die Schutzpflicht stellt. Wenn z. B. in dem von Rümelin angeführ-

---

[23] Siehe Staudinger, Erl. II, 2a z. § 278.

[24] Überdies scheint eine restlose und ausnahmslose Identifizierung mit der Hilfsperson dem Schuldner ohnehin nicht zugemutet werden zu können. Siehe hiezu das Folgende (Ausschließung der Haftung bei vorsätzlichen Delikten des Gehilfen).

[25] Wie hier: Enneccerus, § 267 II 7. Anders Örtmann, Erl. 4bβ z. § 278. Diesem ist im Falle der culpa in concreto allerdings zuzugeben, daß eine Vergleichung der Sorgfalt, die der Gehilfe angewendet hat, mit der, die der Schuldner für sich anzuwenden pflegt, in manchen Fällen schwer durchzuführen sein wird, z. B. dann, wenn der Schuldner mangels technischer Kenntnisse zur Erfüllungshandlung persönlich gar nicht in der Lage wäre. Unmöglich ist die Feststellung, ob die eigene Sorgfalt des Schuldners angewandt ist, aber auch in solchen Fällen wohl nicht. Nußbaum, a. a. O. S. 91, der ja allerdings eine Haftung nach § 278 in diesen Fällen überhaupt ablehnt, hat darin recht, daß es mit dem Rechtsgefühl unverträglich ist, wenn man die Verantwortlichkeit des Schuldners von einem für das Obligationsverhältnis so gleichgültigen Umstand abhängen läßt, wie es die von dem Gehilfen in seinen eigenen Angelegenheiten persönlich beobachtete Sorgfalt ist.

[26] Vgl. Nußbaum, a. a. O. S. 73ff.

ten Beispiel des Küfergesellen, der beim Abfüllen des Weins dem Gläubiger eine Flasche Wein stiehlt, das Stehlen als bei Gelegenheit der Erfüllungshandlung begangen angesehen wird, so heißt dies, daß die Erfüllungshandlung und damit die Verbindlichkeit selbst sich mit dem Abfüllen des Weines erschöpft. Mit anderen Worten: die Verbindlichkeit ist hier eben die Leistungspflicht. Nun stellen wir aber neben diese Leistungspflicht die Schutzpflicht. Der Küfergeselle hat auch diese Schutzpflicht zu beobachten und etwa darauf zu achten, daß die schon abgefüllten Flaschen nicht beschädigt oder von Unberufenen beseitigt werden oder dergleichen. Nimmt er nun selbst eine Flasche weg, so ist dies ein Verstoß gegen die Schutzpflicht, ist also in Erfüllung, nicht bei Gelegenheit der Erfüllung begangen. Danach müßte also nunmehr auch nach der herrschenden Meinung die Haftung des Schuldners für solche Delikte des Gehilfen bejaht werden. Auch von unserem Standpunkt aus. Trotzdem möchten wir sie verneinen. Die aus Zweckmäßigkeits- und Billigkeitsgründen grundsätzlich wohl angebrachte Fiktion, daß das Verschulden des Gehilfen als ein Verschulden des Schuldners angesehen wird, mit anderen Worten, die grundsätzlich berechtigte Forderung an den Schuldner, sich in allem, was die Abwicklung des Schuldverhältnisses betrifft, mit dem Gehilfen zu identifizieren, wird hier unbillig und unzweckmäßig. Es kann dem Schuldner nicht zugemutet werden, sich mit einem Gehilfen gleichzusetzen, der seinen Wirkungskreis zu verbrecherischen Anschlägen auf die Rechtsgüter des Gläubigers mißbraucht. Vielmehr muß ein solches böswilliges Verhalten des Gehilfen durchaus als dessen eigene Handlung gelten, die mit dem Schuldverhältnis in keinem inneren Zusammenhang steht und für die man den Schuldner nicht haftbar machen kann. In solchen Fällen bleibt nur die Haftung nach § 831 BGB.

Das Gesagte gilt aber nur bei vorsätzlicher Verletzung der Schutzpflicht[27]. Anders dürfte dies bei vorsätzlicher Verletzung der Leistungspflicht sein. Hier muß meines Erachtens dem Schuldner die Identifizierung mit dem Gehilfen zu-

[27] Man könnte Bedenken haben, ob es denn logisch überhaupt möglich ist, von vorsätzlicher Schutzpflichtverletzung zu sprechen. Die Schutzpflichtverletzung besteht ja in der Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Gerade das bezeichnet das Gesetz aber als Fahrlässigkeit (§ 276). Kann es aber eine „vorsätzliche Fahrlässigkeit" geben? Wir bejahen dies. Wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht läßt, handelt mindestens fahrlässig; die Außerachtlassung kann aber auch vorsätzlich geschehen. In diesem

gemutet werden. Es ist bei der Abwicklung der Schuldverhältnisse nicht selten, daß aus irgendwelchen Gründen die Unmöglichkeit der Leistung oder der Verzug vorsätzlich verursacht wird. Dies tritt insbesondere auch in denjenigen Fällen, in denen der Schuldner selbst erfüllt, häufig genug ein. Der Schuldner kann sich daher, sofern die Unmöglichkeit oder der Verzug von dem Gehilfen vorsätzlich verursacht wurde, nicht distanzieren, etwa mit der Einwendung, eine solche Handlung des Gehilfen falle aus dem Rahmen des Schuldverhältnisses[28], [29].

III. Ergebnis

Von hier aus kann nun zu den anderen Erklärungsversuchen des § 278 Stellung genommen werden.

Am nächsten stehen unserer Auffassung diejenigen Deutungen, die darauf verzichten, die Bestimmung auf ein Haftungsprinzip zurückzuführen, die vielmehr lediglich den Sinn derselben hervorheben wollen. Es sind dies die von Nußbaum und Enneccerus gegebenen Deutungen.

Nußbaums „Gewährleistung des ökonomischen Effekts" (siehe oben S. 26) stellt mit Recht auf das Interesse des Gläubigers ab

---

Falle liegt dann eine vorsätzliche Handlung vor: die Fahrlässigkeit wird gewissermaßen vom Vorsatz absorbiert. Man denke z. B. an die Fälle des dolus eventualis. Ein Kraftfahrer bemerkt auf der Dorfstraße eine Schar Hühner, fährt aber bewußt unachtsam und mit unverminderter Geschwindigkeit weiter.

[28] Ebenso Nußbaum, S. 80, der im übrigen auf den „überwiegenden Deliktswillen" des Gehilfen abhebt.

[29] In diesem Zusammenhang sei auch auf die §§ 282, 285 BGB. hingewiesen: Bei Unmöglichkeit und Verzug, also bei Verletzung der Leistungspflicht, legt das Gesetz dem Schuldner den Entlastungsbeweis auf: der Schuldner muß beweisen, daß die Unmöglichkeit oder der Verzug auf einem Umstand beruhe, den er nicht zu vertreten habe. Bei einer Verletzung der Schutzpflicht aber dürfte diese Umkehrung der allgemeinen Regel, daß der Kläger die Voraussetzung seines Anspruchs zu beweisen habe, nicht ohne weiteres zutreffen, es sei denn, daß die Anwendung des prima facie-Beweises zu einem im Ergebnis ähnlichen Entlastungsbeweis führt. (Vgl. Stoll, Vertrag und Unrecht, II. S. 173.) Wie nun hier durch den dem Schuldner auferlegten Entlastungsbeweis von Gesetzes wegen die Haftungsgestaltung hinsichtlich der Leistungspflicht eine strengere ist als hinsichtlich der Schutzpflicht, so dürfte auch im Falle der Gehilfenhaftung bei einer Verletzung der Leistungspflicht eine weitergehende Haftung so, wie sie im Text befürwortet ist, gerechtfertigt sein.

und entscheidet alle Einzelfragen von dem Gesichtspunkt aus, was die Erreichung des Obligationszwecks erfordert. Ein Mangel seiner Theorie ist aber die einseitige Beziehung auf die Leistungspflicht und die Ausscheidung der Nebenpflichten als „unechte Verbindlichkeiten" (siehe oben S. 29). Ein weiterer wesentlicher Mangel liegt in dem Moment der Gewährleistung. Da Nußbaum von der Gewährleistung des Obligationszwecks ausgeht, kann er das nach unserer Ansicht wesentliche und unbedingt notwendige Erfordernis des Verschuldens des Gehilfen nur als Ausnahme vom Prinzip werten: „Aber auch wenn der Gehilfe die schädigende Handlung innerhalb der Obligationssphäre vorgenommen hat, bewirkt sie nicht notwendig eine Erweiterung der Verbindlichkeit des Schuldners. Den Gehilfen muß vielmehr auch ein Verschulden treffen. Diese Vorschrift ist aus dem Prinzip des § 278 (Sicherung der Obligationserfüllung) nicht zu erklären, stellt sich vielmehr als eine auf Billigkeitsrücksichten basierende Ermäßigung dieses Prinzips dar. Eine Handlung, für welche man den Gehilfen selbst grundsätzlich in keiner Hinsicht verantwortlich machen kann, die gewissermaßen mechanisch von ihm ausgeführt ist, erscheint dem Gesetzgeber als ein Zufall, den niemand zu vertreten hat" (Nußbaum, S. 83).

Von unserem Standpunkt aus ist das Verschuldenserfordernis durchaus nicht eine Ausnahme von der Regel, gehört vielmehr als notwendiger Bestandteil zum Inhalt des § 278. Weil und soweit der Schuldner eigenes Verschulden zu vertreten hat, hat er auch Gehilfenverschulden zu vertreten. Die Fälle der Zufallshaftung aber konnten im § 278 mit Recht unerwähnt bleiben, denn wenn der Schuldner für Zufall haftet, ist es gleichgültig, ob der Zufall in der Person des Schuldners oder in der Person des Gehilfen oder sonstwie eingetreten ist.

Was die von Enneccerus gegebene Deutung anbetrifft, so entspricht sie im Kernpunkt der unsrigen, nämlich darin, daß der Schuldner für die sorgfältige Leistung dessen hafte, der diese Leistung bewirkt. Zutreffend ist hier vor allem der Gedanke, daß es gleichgültig ist, ob der Schuldner selbst oder der Gehilfe die Leistung bewirkt, daß es lediglich darauf ankommt, daß „sorgfältige Leistung" bewirkt wird[30].

---

[30] Das Reichsgericht bezeichnet übrigens ganz in Anlehnung hieran in der Entscheidung Bd. 78, S. 239 als Rechtsgedanken des § 278: „Wer selbst eine Leistung schuldet, die er mit der erforderlichen Sorgfalt zu bewirken hat, muß,

Diese Gleichstellung von Schuldner und Gehilfen ist gerade das, worin wir den Sinn des § 278 sehen, und was wir oben als die Fiktion bezeichnet haben, daß das Verschulden des Gehilfen als Verschulden des Schuldners angesehen werde. Es muß an dieser Stelle dem entgegengetreten werden, was Ostwald[31] gegen die Enneccerussche Lehre glaubt einwenden zu müssen. Ostwald wirft Enneccerus vor, daß dessen Auffassung „der Wissenschaft des bürgerlichen Rechts im 20. Jahrhundert und den praktischen Lebensbedürfnissen in keiner Weise gerecht werde". Enneccerus meine, es komme in erster Linie auf die ausdrückliche oder stillschweigende Parteivereinbarung an, ob Hilfspersonen hinzuziehen seien oder nicht; auch habe er immer nur die Fälle der Haftung für fremde Schuld im Auge und lasse die Fälle unberücksichtigt, in denen der Schuldner über das Haftungsmaß des § 276 hinaus für mehr als eigenes Verschulden hafte und demnach auch im Rahmen des § 278 für fremdes schuldloses Verhalten haften müsse. Diese Vorwürfe dürften fehlgehen. Ostwald bleibt den Nachweis dafür schuldig, daß die Auffassung von Enneccerus den Lebensbedürfnissen nicht gerecht werde. Es mag sein, daß er seine Lehre unglücklich begründet, daß insbesondere das von ihm herangezogene Beispiel mit dem Kunsthändler nicht überzeugend ist; den Wert seiner Lehre berührt dies aber nicht. Wenn Enneccerus insbesondere die Haftung für fremdes schuldloses Verhalten nicht berücksichtigt, so ist dies, wie wir oben bei der Besprechung der Zufallshaftung ausgeführt haben, im Ergebnis durchaus sachgemäß.

Abzulehnen ist u. E. etwas anderes, nämlich die Begriffsbildung „sorgfältige Leistung" in dem Sinne, daß die Verpflichtung zur Sorgfalt immer nur eine „Qualifikation der Leistungspflicht" sei[32]. Diese Betrachtungsweise übersieht, daß die im Verkehr erforderliche Sorgfalt auch selbständig, d. h. pflichtenbegründend sein kann (vgl. unten S. 43).

An Gierkes Erklärung ist der Begriff der „erweiterten Persönlichkeit" beachtenswert. Er berührt sich einerseits mit unserer

wenn er hiezu einen Gehilfen verwendet, für die sorgfältige Leistung des Gehilfen einstehen." Es wird in der Entscheidung sodann zutreffend darauf hingewiesen, daß der Leistungsempfänger nicht schlechter gestellt sein dürfe deshalb, weil der Gegner die Leistung nicht selbst ausführe, sondern sie einem Gehilfen übertragen habe.

[31] A. a. O. S. 21.

[32] Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 1932, S. 171.

Identifizierung von Schuldner und Gehilfen, andererseits mit dem Begriff der juristischen Person, der eine Personenmehrheit als Personeneinheit zusammenfaßt.

Die anderen Deutungen, die in § 278 die Verwirklichung eines Haftungsprinzips sehen, sind dagegen als von vornherein verfehlt abzulehnen. Das sind die Deutungen, die die Motive und Unger, ferner Rümelin und Planck-Siber geben. Es ist oben gesagt worden, daß es wohl möglich sei, daß der Gesetzgeber seine eigenen Gesetze unzutreffend motiviere, insbesondere dann, wenn er eine in der Rechtslehre vertretene Meinung durch Gesetz sanktioniere. Ein solcher Fall liegt hier vor. Der § 278 erhebt eine der noch unter der Herrschaft des Gemeinen Rechts ausgebildeten Theorien zum Gesetz (vgl. oben S. 23f.). Der Gesetzgeber hielt sich also gewissermaßen an das Bestehende und ging keineswegs von einem auf eigenen Erwägungen aufgebauten a priori gefaßten Haftungsprinzip aus, das nun in den Motiven seinen authentischen Ausdruck gefunden hätte. Das in den Motiven gegebene Haftungsprinzip braucht also nicht höher bewertet zu werden als andere Erklärungsversuche. Daß der Satz vom eigenen Interesse und der eigenen Gefahr nicht in der von den Motiven angenommenen Allgemeinheit gilt, ergibt sich aus dem Vergleich mit der Bestimmung des § 831 BGB., die nicht etwa eine unbedingte Haftung des Geschäftsherrn enthält. Wenn Unger, a. a. O. S. 66f., und Rümelin, a. a. O. S. 89, hier von einer Inkonsequenz des Gesetzgebers sprechen, so möchten wir demgegenüber den Grund der Verschiedenheit beider Bestimmungen darin sehen, daß es sich bei § 278 im Gegensatz zu § 831 darum handelt, daß eine Verbindlichkeit vorliegt, die durch die Bestellung einer Hilfsperson keine Änderung erfahren soll.

Das von den Motiven weiter noch angeführte „Garantieprinzip", das auf das Leistungsversprechen des Schuldners abhebt, dürfte dem Sinn des § 278 näher kommen.

Ähnlich wie der Satz vom eigenen Interesse und der eigenen Gefahr, der den Begriff des Risikos betont, müssen die Theorien beurteilt werden, die im § 278 eine Gefährdungshaftung sehen[33]. Auch hier führt die Heranziehung des § 831 zu der Schlußfolgerung, daß das Entscheidende nur die Verbindlichkeit und nicht der Gedanke

[33] „Risiko" und „Gefährdung" berühren sich zwar, sind aber doch wohl verschiedene Begriffe.

der Gefährdung sein kann. Die Gefährdungshaftung wäre u. E. auch gar nicht am Platze. Wir können uns hierfür auf Planck-Siber berufen, der zwar Gefährdungshaftung annimmt, aber zutreffend hervorhebt, daß die Gefährdung nicht darin zu suchen sei, daß im konkreten Fall von dem Eingreifen des Gehilfen mehr Schaden zu befürchten wäre als von einer persönlichen Tätigkeit des Schuldners. Weil dies aber so ist, kann man wohl überhaupt nicht von einer durch die Person des Gehilfen eintretenden Gefährdung sprechen: auch nicht in der von Planck-Siber modifizierten Weise, daß der Gläubiger dadurch gefährdet werde, daß er seine Rechtsgüter bei der Erfüllung der Berührung mit dem Gehilfen aussetzen müsse. Auch in dieser Form, die überdies offenbar nur die Schutzpflichtverletzung im Auge hat[34], kann der Gedanke der Gefährdung nicht anerkannt werden. Es besteht ja keinerlei Vermutung dafür, daß der Gehilfe etwa weniger geschickt oder weniger sorgfältig wäre als der Geschäftsherr. Die Tatsache aber, daß der Gläubiger keinen Einfluß auf die Auswahl des Gehilfen hat, mag dem Gläubiger zwar subjektiv das Gefühl der Gefährdung geben, braucht aber objektiv durchaus keine zu sein. Ein Vergleich mit den Fällen der wirklichen Gefährdungshaftung (Haftpflichtgesetz, Kraftfahrzeuggesetz, Tierschaden usw.) zeigt auch, daß dort das Moment der Gefährdung doch ein ganz anderes ist. Es handelt sich dort um Dinge, die — grob gesprochen — allein durch ihre Natur eine Gefährdung der Umwelt bedeuten, während dies bei der Person des Erfüllungsgehilfen nicht gesagt werden kann.

Zusammenfassend kann gesagt werden:

Es ist richtig, daß die Haftung des § 278 eine Haftung ohne eigenes Verschulden ist. Nicht richtig dürfte es aber sein, deshalb in dieser Bestimmung eine Ausnahme vom Verschuldensprinzip zu sehen und nach einem anderen Haftungsprinzip, das der Bestimmung zugrunde liegen könnte, zu suchen. Wenn wir oben den Sinn des § 278 dahin bestimmt haben, daß die Verantwortlichkeit des Schuldners durch die Bestellung einer Hilfsperson keine Änderung erfahren dürfe, so folgt daraus, daß auch der Charakter dieser Verantwortlichkeit derselbe bleiben muß. Mit anderen Worten: insoweit

[34] Das Gefährdungsprinzip versagt von vornherein hinsichtlich der Leistungspflicht; denn soweit der Schuldner dafür einzustehen hat, daß der Erfüllungsgehilfe nicht durch sein Verschulden die Erreichung des Leistungszwecks hemme oder vereitle, kann es sich nicht darum handeln, daß die Rechtsgüter des Gläubigers gefährdet werden.

eigenes Tun den Schuldner nur bei Verschulden haftbar macht, insoweit kann auch im Falle des Gehilfen der Schuldner nur bei Verschulden haftbar sein. Da nun, wie wir ausgeführt haben, die Zufallshaftung außer Betracht bleiben kann, so kann man sagen, daß die in § 278 enthaltene Gehilfenhaftung durchweg Verschuldenshaftung ist.

§ 5. Die analoge Anwendung des § 278 BGB auf die in Frage stehenden Fälle

1. Es fragt sich nun, ob der im vorstehenden Paragraphen entwickelte Grundgedanke des § 278 eine analoge Anwendung dieser Bestimmung auf die in Frage stehenden Fälle zuläßt. Die herrschende Meinung verneint dies mit Entschiedenheit und beruft sich dabei insbesondere darauf, daß § 278 eine schon bestehende Verbindlichkeit, also eine Verpflichtung voraussetze, die dem Schuldner gegenüber dem Gläubiger, also gegenüber einer bestimmten Person obliege. Die allgemeinen Verkehrspflichten aber seien Verpflichtungen, die dem Verpflichteten gegenüber der Allgemeinheit, nicht gegenüber einer bestimmten Person, obliegen.

Es ist ohne weiteres zuzugeben, daß der § 278 von „Schuldner" und „Verbindlichkeit" redet, und daß er in dem Titel steht, der die Überschrift „Verpflichtung zur Leistung" trägt. Es kann deshalb nicht bestritten werden, daß die Bestimmung eindeutig eine Verbindlichkeit im technischen Sinne voraussetzt und auf allgemeine Verkehrspflichten keinesfalls unmittelbar angewendet werden kann. Eine entsprechende Anwendung möchten wir aber für durchaus möglich halten. Denn das, was wir als den Grundgedanken des § 278 erkannt haben, nämlich, daß die Verantwortlichkeit des Schuldners durch die Gehilfenbestellung nicht geändert werden dürfe, trifft auch hier zu. Auch die allgemeine Verkehrspflicht ist eine Verantwortlichkeit des Verpflichteten, die dadurch nicht geändert, insbesondere nicht erleichtert werden darf, daß der Verpflichtete ihre Erfüllung einer Hilfsperson überträgt. Wenn es im Falle der schuldnerischen Verbindlichkeit das Interesse des Gläubigers ist, das diesen Grundsatz fordert, so ist es hier das Interesse der Allgemeinheit.

Auch der Gesichtspunkt der Zumutbarkeit ergibt keine unterschiedliche Beurteilung: wenn dem Schuldner die Gehilfenhaftung

mit Rücksicht darauf zugemutet werden kann, daß seine Verantwortlichkeit einen genau bestimmten, im voraus übersehbaren Inhalt hat, so daß er imstande ist, genaue Anweisungen an den Gehilfen zu stellen, so trifft dies auch hier zu. Es trifft allerdings nicht zu in allen denjenigen Fällen, in denen es sich um Verkehrspflichten handelt, die aus einer augenblicklichen Situation erwachsen. Diese sind aber, wie wir dargetan haben, ihrer Natur nach einer Übertragung auf Hilfspersonen überhaupt nicht zugänglich. Die anderen Verkehrspflichten, nämlich diejenigen, die aus Verkehrseröffnung oder Verkehrsgefährdung fließen, haben ebenso wie die schuldnerische Verantwortlichkeit einen bestimmten, im voraus übersehbaren Inhalt[1]. So die Streupflicht, die Pflicht zur sorgfältigen Auswahl des Verrichtungsgehilfen, oder — vgl. die an den Anfang der Arbeit gestellten Musterbeispiele — die Pflicht zur Beleuchtung einer zum Bahnhof führenden Zufahrtsstraße, und die Pflicht zur verkehrssicheren Verzäunung eines im Hafen liegenden Schiffes. Alle diese Pflichten sind im voraus übersehbar.

2. Der Analogieschluß wird durch die Zweiteilung der „Verbindlichkeit" in Leistungspflicht und Schutzpflicht wesentlich erleichtert. Die Schutzpflicht ist das kontraktliche Gegenstück zur allgemeinen Verkehrspflicht. Beide kann man als „Sorgfaltspflichten" bezeichnen.

Der Begriff „Sorgfaltspflicht", der hie und da im Schrifttum gebraucht wird, bedarf der Begründung. Planck-Siber, 4. Aufl., vor § 275, 3d, S. 189, spricht sich mit sehr beachtlichen Ausführungen gegen diese Bezeichnung aus. Es ist ihm zuzugeben, daß die Sorgfalt, die der Schuldner bei der Ausführung seiner Leistungspflicht anzuwenden hat, als ein rein subjektives Moment neben dem Leistungsinhalt inhaltslos ist (vgl. auch Enneccerus: „Sorgfältige Leistung", oben S. 26 und S. 39), und daß deshalb die Sorgfaltspflicht als ein Mehr neben einer sonstigen Leistungspflicht nicht zu denken ist. Anders dürfte dies aber in Ansehung der Schutzpflichten und der allgemeinen Verkehrspflichten sein. Hinsichtlich der Schutzpflicht, also der Pflicht zur Wahrnehmung des gegnerischen Schutzinteresses, ist die Sorgfalt nicht bloße „Sekundärverpflichtung" (Siber), sondern „Primärverpflichtung". Was Inhalt der

[1] Vgl. Heck, Grundriß des Schuldrechts, S. 82ff., der, wie schon oben angedeutet, zutreffend meint, daß die Erfüllung von solchen allgemeinen Verkehrspflichten, die „einen ganz bestimmten übersehbaren Inhalt" haben, durch die Erfolgshaftung (gemeint ist § 278) besser garantiert werde als durch die Bestellerhaftung des § 831.

Schutzpflicht ist, wird durch den Begriff der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt bestimmt. Diese Sorgfalt ist es, die das im Einzelfall gebotene Verhalten des Verpflichteten vorschreibt. Freilich empfiehlt es sich, dieses gebotene Verhalten, d. h. die einzelnen Obliegenheiten, nicht die Sorgfalt selbst, jeweils als den Inhalt der Schutzpflicht zu bezeichnen. Da aber die Sorgfalt das Prinzip ist, das diese Obliegenheiten erzeugt, dürfte die Bezeichnung dieser Obliegenheiten als „Sorgfaltspflichten" nicht ganz unbegründet sein, wenngleich es im Interesse einer unmißverständlichen Ausdrucksweise zu bedauern ist, daß damit der Begriff Sorgfalt einmal etwas rein Subjektives, das andere Mal etwas Objektives bezeichnet.

Auch die allgemeinen Verkehrspflichten sind in dem besagten Sinne Sorgfaltspflichten. Auch sie leiten sich aus dem Begriff der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt her (siehe oben S. 15). Und dieses gemeinsame Merkmal von Schutzpflicht und Verkehrspflicht ist bedeutsam, weil es eine gleichmäßige Behandlung beider Pflichtenkreise und damit die Anwendung des § 278 auch auf allgemeine Verkehrspflichten erleichtert. Dabei wird nicht verkannt, daß im übrigen die Schutzpflicht von der allgemeinen Verkehrspflicht wohl zu unterscheiden ist, und daß die erstere mit Rücksicht auf das besondere zwischen Schuldner und Gläubiger bestehende Treueverhältnis mit Recht einer grundsätzlich anderen Regelung unterliegt als die allgemeine Verkehrspflicht[2].

3. Die nahe Verwandtschaft von Schutzpflicht und Verkehrspflicht führt uns weiter dazu, im Falle der Verkehrspflicht die Haftung für Vorsatz des Erfüllungsgehilfen aus den gleichen Gründen auszuschließen wie im Falle der vorsätzlichen Schutzpflichtverletzung (siehe oben S. 35ff.). Somit soll die entsprechende Anwendbarkeit des § 278 nur im Falle der fahrlässigen Verkehrspflichtverletzung gelten. Bei Vorsatz oder Schuldlosigkeit des Gehilfen bleibt aber Raum für die Anwendung des § 831.

---

[2] Dies wird von Stoll, Leistungsstörungen, S. 28, besonders hervorgehoben. Er sagt: „Die Schutzpflichten haben mit dem Vertragsinhalt nichts zu tun. Sie sind aber von den allgemeinen Rechtspflichten abzugrenzen. Eine Schutzpflicht besteht nur da, wo ein besonderes Schutzinteresse gegeben ist; d. h. erst durch die Begründung des Vertrauensverhältnisses und erst infolge der durch die Sonderrechtsbeziehung eröffneten Einwirkungsmöglichkeit auf den fremden Rechtskreis werden allgemeine Rechtspflichten zu besonderen vertraglichen Schutzpflichten. Die Anerkennung dieser vertraglichen Schutzpflichten ist so lange von erheblicher praktischer Bedeutung, als die Verantwortung für Vertragsverletzung anders bemessen wird als die Verantwortung für unerlaubte Handlungen."

Mit diesem Satz verneinen wir die Frage, ob die Anwendbarkeit des § 831 dadurch ausgeschlossen werde, daß die Hilfsperson als Erfüllungsgehilfe im Sinne des § 278 aufgefaßt wird. Die Hilfsperson ist sowohl „Erfüllungsgehilfe" als auch „Verrichtungsgehilfe". Gegenüber etwaigen Einwänden können wir auf das verweisen, was Örtmann, Erl. 5 zu § 831, über das Verhältnis von § 831 und § 278 zutreffend ausführt.

4. Auch der Umstand, daß es sich bei den genannten Verkehrspflichten in aller Regel um solche Pflichten handelt, deren Erfüllung nicht durch eine Leistungsklage erzwingbar ist, ist für den Analogieschluß kein Hindernis. Freilich hat der nächtliche Straßengänger, der an einer mangelhaft beleuchteten Baustelle zu Fall kommt, keine Möglichkeit, die verantwortliche Stadtgemeinde darauf zu verklagen, daß die notwendige Beleuchtung vorgenommen werde. Dies aber wohl nicht deshalb, weil der Gesetzgeber diese Verkehrspflicht der klagweisen Erzwingbarkeit nicht für würdig befunden hätte, sondern aus tatsächlichen Gründen: vorausgesetzt, der Straßengänger habe — was in derartigen Fällen regelmäßig zutreffen wird — vor dem Unfall noch keine Kenntnis von der drohenden Gefahr gehabt, so wäre in diesem Zeitpunkt eine Klage überhaupt nicht denkbar. Nach dem Unfall aber, wo zwar ein klagbarer Anspruch des Verletzten auf Beleuchtung der gefährlichen Baustelle sinnvoll wäre dann, wenn der Verletzte seinen Weg auch in Zukunft über diese Stelle nehmen müßte, kann die Klagbarkeit leicht vermißt werden, weil sich der Verletzte in Zukunft selber wird vorsehen können, um einen zweiten Unfall zu vermeiden, (beispielsweise dadurch, daß er sich einer Taschenlampe od. dgl. bedient.) Insoweit besteht also kein Rechtsschutzbedürfnis. Und dasselbe gilt dann auch in den Fällen, in denen der Straßengänger keinen Unfall erleidet, aber Kenntnis von der Gefahr hat. Auch hier dürfte ein Rechtsschutzbedürfnis nicht bestehen. Zuzugeben ist, daß das Gesagte nicht gerade in allen Fällen, in denen es sich um die Erfüllung von Verkehrspflichten handelt, zu gelten braucht. Es kann Ausnahmsfälle geben, in denen ein Rechtsschutzbedürfnis besteht, nämlich dann, wenn man sich eben nicht selbst gegen die durch die Nichterfüllung der Verkehrspflicht entstandene Gefahr schützen kann. Als Beispiel mag der Fall mit dem sich losreißenden Dampfer gelten. Man könnte sich denken, daß der Eigentümer eines der anderen im Hafen liegenden Schiffe, der Kenntnis von der ungenügenden Vertäuung des fraglichen Dampfers erhielt, nur durch

eine Klage auf ordnungsmäßige Vertäuung des Dampfers die Gefahr von seinem eigenen Schiff abwenden könnte. Warum nun das Gesetz eine solche Klage versagt, kann dahingestellt bleiben. Darin aber, daß die allgemeine Verkehrspflicht etwa keine vollgültige Verpflichtung sei, vermögen wir den Grund nicht zu sehen. Die allgemeinen Verkehrspflichten sind trotz ihrer Klaglosigkeit vollgültige Verpflichtungen und der analogen Anwendung des § 278 zugänglich.

Zudem mangelt es nicht allen Verkehrspflichten an der Klagbarkeit. Es ist oben auf § 908 BGB.[3] hingewiesen worden. Die Pflicht des Gebäudeeigentümers gegenüber dem Nachbareigentümer nimmt zwar wie alle nachbarrechtlichen Pflichten eine Sonderstellung im Rahmen der Verkehrspflichten insofern ein, als ihr nicht schlechthin das Publikum, sondern ein bestimmter Berechtigter, der Nachbar, gegenübersteht. Trotzdem rechnen wir diese nachbarrechtlichen Verpflichtungen zu den Verkehrspflichten, da der Nachbar allgemein nicht als „Gläubiger" und die ihm gegenüber bestehende Verpflichtung nicht als „Verbindlichkeit" im Sinne des Schuldrechts angesehen wird, und da von unserem Standpunkt aus eine abweichende Stellungnahme nicht geboten ist: ob Verbindlichkeit oder Verkehrspflicht, in jedem der beiden Fälle halten wir § 278 für anwendbar[4].

Schließlich darf auch nicht übersehen werden, daß andererseits auch die der Anwendung des § 278 unbedenklich unterstellten Schutzpflichten einer Erfüllungsklage in vielen Fällen nicht zugänglich sind. Man denke an den Glasergehilfen, der beim Transport der einzusetzenden Vorfenster eine Spiegelscheibe einstößt. Für eine Klage des Inhalts, daß der Geselle auf die Spiegelscheibe acht zu geben habe, ist kein Raum. Es gibt allerdings auch Fälle von Schutzpflichten, in denen eine Erfüllungsklage denkbar ist. Jedoch kann auch hier eine solche mit gutem Grunde[5] versagt werden[6].

---

[3] § 908 lautet: „Droht einem Grundstück die Gefahr, daß es durch den Einsturz eines Gebäudes oder eines anderen Werkes, das mit einem Nachbargrundstück verbunden ist, oder durch die Ablösung von Teilen des Gebäudes oder des Werkes beschädigt wird, so kann der Eigentümer von demjenigen, welcher nach dem § 836 Abs. 1 oder den §§ 837, 838 für den eintretenden Schaden verantwortlich sein würde, verlangen, daß er die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Vorkehrungen trifft."

[4] Weiteres zu diesem Punkt unten § 6.

[5] Ähnlich wie im Falle der Verkehrspflicht; siehe oben S. 45, 4.

[6] Vgl. Kreller, Fürsorge- und Treupflicht im Arbeitsrecht, Zeitschr. der Ak. f. d. R., 5. Jahrgg., Heft 9, S. 302ff., besonders S. 303c. Kreller weist

5. Die entsprechende Anwendbarkeit des § 278 auf allgemeine Verkehrspflichten, die nach dem Gesagten eine zweifache Beschränkung erfährt, nämlich einerseits durch Ausscheiden der Verkehrspflichten aus augenblicklicher Situation, andererseits durch Beschränkung auf fahrlässige Verkehrspflichtverletzung, beschränkt sich weiterhin innerhalb der Verkehrspflichten aus Verkehrsgefährdung auf solche Fälle der Verkehrsgefährdung, in denen § 278 nicht durch Gefährdungshaftung überflüssig gemacht wird. Es genügt hier ein Hinweis auf das oben S. 20 Ausgeführte.

Es ist an dieser Stelle zu erwähnen, daß zu der Frage der Anwendbarkeit des § 278 auf allgemeine Verkehrspflichten Ruth in seiner Besprechung Weigerts (Arch.Ziv.Pr. N. F. 6, S. 353ff.) grundsätzlich Stellung nimmt. Er meint zutreffend, daß es bei der immer mehr fortschreitenden Komplizierung aller Lebensverhältnisse zu einer zwingenden Notwendigkeit werde, den Träger von Gefahrenzuständen der fraglichen Art nicht nur für eigenes, sondern auch für das Verschulden seiner Gehilfen, deren er sich zur Erfüllung der ihm auferlegten gesetzlichen Pflichten bedient, haften zu lassen. Der Weg zu dieser Rechtsfortbildung könne nur über den § 278 BGB. gehen[7].

Hieran ist noch ein Wort über die Fälle der §§ 831, 832, 833 S. 2, 834 S. 2 und 836 anzuschließen. Wir rechnen die Pflicht des Geschäftsherrn zur sorgfältigen Auswahl und Leitung des Verrichtungsgehilfen, ebenso die Pflicht des Aufsichtspflichtigen zur Beaufsichtigung einer minderjährigen oder sonstigen aufsichtsbedürftigen Person, ferner die Pflicht des Tierhalters zur Beaufsichtigung des Tieres und die Pflicht des Gebäudebesitzers zur sorgfältigen Überwachung und Unterhaltung des Gebäudes zu den Verkehrspflichten aus Verkehrsgefährdung. Die nach unserer Meinung hier zutreffende analoge Anwendung des § 278 bedeutet, daß der Geschäftsherr, der Aufsichtspflichtige, der Tierhalter, der Gebäudebesitzer, der die Erfüllung der ihm obliegenden Verkehrspflicht einem Beauftragten überträgt, für das Verschulden des Beauftragten

---

gegenüber Dietz in Hueck-Nipperdey-Dietz, 2. Aufl., 1937, Erl. 17 zu § 2 AOG., zutreffend nach, daß im Falle der §§ 618 BGB., 2 AOG. die Schadensersatzklage und allenfalls die Unterlassungsklage durchaus ausreichende Haftungsmittel sind, und daß die gegenteilige Meinung auf einer unbegründeten Wertschätzung der Erfüllungsklage beruht.

[7] Vgl. auch Deetz, Haftungsgrund bei den unerlaubten Handlungen des BGB., Gruchot, Bd. 64, S. 161ff., besonders S. 180f.

einzustehen hat. Dem steht nun aber der Wortlaut der genannten Bestimmungen entgegen, wenn die Auslegung des Reichsgerichts und der überwiegenden Rechtslehre richtig ist, daß es auf die Sorgfalt gerade des Geschäftsherrn, des Aufsichtspflichtigen usw. ankommt, und daß dieser Sorgfalt grundsätzlich schon damit genügt ist, daß der Beauftragte mit Sorgfalt ausgewählt und geleitet wurde[8]. Diese Auslegung muß aber als zu eng abgelehnt werden. Es ist durchaus unbefriedigend, wenn sich der Geschäftsherr, der Aufsichtspflichtige usw. ein für allemal soll dadurch entlasten können, daß er einen zuverlässigen Beauftragten bestellt, während er sonst für jede Sorgfaltsverletzung, die ihm selbst etwa bei der Auswahl des schadenstiftenden Angestellten oder bei der Beaufsichtigung des Kindes unterläuft, einstehen müßte. Und zwar liegt das Unbefriedigende nicht etwa in der Besserstellung als solcher — es besteht vielfach die Neigung, in jeder Besserstellung ohne weiteres eine Ungerechtigkeit zu erblicken —, sondern darin, daß die Besserstellung auf Kosten des Verletzten geht, der sich — wenn man von dem Begriff der „allgemeinen Aufsichtspflicht" absieht — nur an den Beauftragten halten kann. Dies ist insofern eine Benachteiligung, als der Beauftragte im Vergleich zu dem Geschäftsherrn oder dem Tierhalter usw. regelmäßig der wirtschaftlich Schwächere sein wird, zumal er — im Gegensatz zum Geschäftsherrn usw. — in aller Regel nicht gegen Haftpflicht versichert sein wird[9]. Der Ausgleich aber, den das Reichsgericht mit dem Begriff der allgemeinen Aufsichtspflicht schaffen will, ist unzureichend, abgesehen davon, daß dieser Begriff in verschiedener Hinsicht, wie schon ausgeführt, wesentlichen Bedenken unterliegt.

Unsere Auffassung, wonach der Geschäftsherr usw. auch für die Sorgfalt des Beauftragten einzustehen hat, findet nun allerdings im

---

[8] So RGZ. 78, 107 (Fall 3 der an den Anfang der Arbeit gestellten Beispiele). Weitere Entscheidungen bei Weigert, a. a. O. S. 3ff. Vgl. noch im Falle des § 836 RGJW. 07, 451; LZ. 1918, 743, 12 (Beauftragung eines zuverlässigen Mieters mit der Überwachung des Gebäudes); Warn, Jahrb. der Entscheidungen, 1915, Nr. 283 (Verneinung der Haftung des verschuldensunfähigen Gebäudebesitzers für ein Verschulden seines Vormunds). Ebenso Staudinger z. § 831, Erl. 4a*α*, Abs. 2; Örtmann z. § 831, Erl. 4.

[9] Mit Recht hat Weigert diese Unbilligkeit zum Gegenstand seiner Untersuchung (die außervertragliche Haftung von Großbetrieben für Angestellte, Berlin 1925) gemacht. Er behandelt aber nur den Fall des § 831, nicht auch die gleichartigen Fälle der §§ 832, 833, S. 2, 834, S. 2, und 836. Über seine Resultate unten S. 51.

Wortlaut der genannten Bestimmungen nicht gerade eine Stütze, ist aber mit diesem durchaus vereinbar und wird auch durch den Sinn des Gesetzes wohl nicht ausgeschlossen. In den in Frage stehenden Satz, der ungefähr gleichlautend in den genannten Bestimmungen wiederkehrt („Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Geschäftsherr usw. ... die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet" bzw., wie es in § 832 heißt, „seiner Aufsichtspflicht genügt"), kann unschwer ergänzend hineingelesen werden: ... wenn der Geschäftsherr — und gegebenenfalls auch dessen Beauftragter — die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet. Auch die Motive dürften nichts enthalten, was unsere Auffassung ausschließt. Sie erwähnen den Fall der Übertragung der Sorgfaltspflicht nicht[10].

6. Greifen wir noch einmal auf die vier Musterbeispiele zurück. Nach dem Gesagten bejahen wir in allen diesen Fällen die entsprechende Anwendbarkeit des § 278. Für das Verschulden des Stationswärters, der das Anzünden der Laterne versäumt hat, lassen wir das Eisenbahnunternehmen; für das Verschulden des Hilfsarbeiters, der den Gehweg nicht bestreut hatte, lassen wir das Zeitungsunternehmen haften. Weil der Betriebsleiter sich nicht fortlaufend über etwaige Bestrafungen der ihm unterstellten Kutscher unterrichtete und damit die aus § 831 gebotene ständige Beaufsichtigung des Personals versäumte, und weil der Geschäftsinhaber auch für die Sorgfalt des Betriebsleiters einzustehen hat, betrachten wir den Entlastungsbeweis des Geschäftsinhabers nicht als gelungen. Und im letzten Fall: die Haftung der Schiffahrtsgesellschaft bejahen wir, weil diese für das Verschulden ihrer Angestellten, die mit der Vertäuung des Schiffes beauftragt waren, einzustehen hat.

Auch das Reichsgericht bejaht in diesen Fällen die Haftung. Seiner Begründung aus § 823 (allgemeine Aufsichtspflicht) stellen wir aber diejenige aus § 278 als die sachlich gebotene und aufs Ganze gesehen zuverlässigere gegenüber. Dann bedarf es auch nicht der vom Standpunkt der Systematik aus recht zweifelhaften Versuche der Rechtsprechung, in gewissen Fällen mit Hilfe einer Ausdehnung vertraglicher Verhältnisse die Anwendung des § 278 zu ermöglichen. Wir denken hier insbesondere an den Begriff des sog. „Vorbereitenden Rechtsverhältnisses"[11]. Als Beispiel mag die auch

---

[10] Motive, S. 736 (z. Fall des § 831).

[11] Über culpa in contrahendo unten § 6.

von Fischbach[12] und von Weigert[13] behandelte Entscheidung, RGZ. 78, 239 (Linoleumteppich), dienen: Wenn die Konstruktion eines vorbereitenden Rechtsverhältnisses, erzeugt aus dem Antrag der Kundin auf Vorlegung des Teppichs und der Annahme dieses Antrags durch den Ladengehilfen, noch annehmbar erscheinen mag, so dürfte es immerhin zu weit gehen, die Pflicht, bei der Vorlegung und Besichtigung der Ware die gebotene Sorgfalt zu beobachten, als rechtsgeschäftliche Verbindlichkeit zu bezeichnen. Wir sehen in dieser Pflicht nur eine außervertragliche Verkehrspflicht, die dem Geschäftsinhaber aus der Eröffnung des Warenhauses erwachsen ist und die ihm nicht nur gegenüber der in Kaufverhandlungen eintretenden Kundin, sondern auch gegenüber irgendeinem Besucher des Warenhauses obliegen dürfte. Wir möchten deshalb den Fall des Warenhausbesuchers, dem ein metallener Ständer von der Galerie des ersten Stockes auf den Kopf fiel, weil sich an dem Brett, auf dem der Ständer gestanden hatte, keine Schutzvorrichtung befand (RGJW., 1913, S. 23), nicht anders als den vorigen Fall beurteilen. In beiden Fällen handelt es sich um Verletzung allgemeiner Verkehrspflichten[14], auf die § 278 gleicherweise, aber nur im Wege der Analogie, Anwendung findet.

Ähnlich möchten wir in einem Fall wie dem vom Reichsgericht in Bd. 55, S. 335 entschiedenen[15] lieber eine allgemeine Verkehrspflicht (aus Verkehrseröffnung) als eine Verbindlichkeit annehmen.

Zu bejahen sind dagegen diejenigen Bemühungen um eine Ausdehnung des Vertragsrechts, die darauf gerichtet sind, durch Annahme eines Vertrags zugunsten Dritter in gewissen Fällen die Anwendung des § 278 zu ermöglichen. Im Schrifttum und in der Rechtsprechung wird im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung angenommen, daß z. B. beim Beförderungsvertrag der Besteller den Vertrag zugleich auch zugunsten seiner mitfahrenden Angehörigen abschließt, und daß daher auch diese unmittelbare vertragliche Schadensersatzansprüche gegen den Unternehmer hätten (vgl. RGZ. 87, 65.) Ähnliches wird beim Mietvertrag für die Angehörigen und Dienstboten des Mieters angenommen (RGZ. 91, 24). Es hänge

---

[12] Fischbach, Vorbereitende Rechtsverhältnisse. Arch. f. bürgerl. R., Bd. 41, 160.

[13] Weigert, a. a. O. S. 9ff.

[14] Ebenso Weigert, a. a. O. S. 12.

[15] Weil auf dem Bahnsteig trotz des vorhandenen Glatteises nicht genügend gestreut gewesen ist, ist ein Reisender nach Verlassen des Zuges gestürzt.

aber, so wird gesagt, von der Würdigung der tatsächlichen Verhältnisse des Einzelfalls ab, ob ein Vertrag in dem besagten Sinne auszulegen sei.

Dieser Rechtssprechung ist zuzustimmen. Der Fall liegt hier anders als beim „Vorbereitenden Rechtsverhältnis". Man wird hier mit dem Begriff der allgemeinen Verkehrspflicht nicht auskommen. Die Unternehmerfirma (RGZ. 127, 218), die ihren Monteur mit der Verlegung der in der Wohnung der Bestellerin befindlichen Gasuhr betraute, dürfte gegenüber dem Publikum nur die auf sorgfältige Auswahl und Leitung gerichtete Verkehrspflicht des § 831 gehabt haben[16]. Die weitergehende Pflicht des Inhalts, daß bei der Verlegung der Gasuhr mit der gebotenen Sorgfalt verfahren werde, kann ihre Begründung dagegen nur in dem zwischen der Firma und der Bestellerin abgeschlossenen Vertrag finden. Eine unbedingte Haftung der Unternehmerfirma auch gegenüber einem Dritten, im vorliegenden Fall gegenüber der Aufwartefrau der Bestellerin, kann daher, soweit es sich um die Verletzung eben dieser Sorgfalt handelt, nur unter der Voraussetzung des Bestehens einer vertraglichen Pflicht der Unternehmerfirma gegenüber dem Dritten angenommen werden. Es ist also in der Tat erheblich, ob und inwieweit in solchen Fällen ein Vertrag zugunsten Dritter vorliegt.

Die entsprechende Anwendung des § 278 verdient u. E. den Vorzug auch gegenüber der Ansicht Weigerts, und zwar nicht nur, weil sie allgemeiner ist und über den von Weigert behandelten Fall des § 831 hinausgreift. Weigerts Auffassung vermag nicht zu überzeugen. Er wendet sich gegen die Meinung, der Haftungsgrund des § 831 müsse ein einheitlicher sein, entweder Verschuldensprinzip oder Verursachungsprinzip. Bei den großen Unternehmen mit ihren auf Zwischenpersonen sich aufbauenden Organisationen bedeute die Annahme eines eigenen Verschuldens des Geschäftsherrn aber eine blutleere Konstruktion. Der Haftungsgrund dürfe daher in diesen Fällen nicht mehr im Verschuldensprinzip, sondern müsse in einem Verursachungsprinzip erblickt werden. Der Geschäftsherr müsse auch ohne (eigenes) Verschulden haftbar sein, wenn er nicht den Nachweis führen könne, daß seine Hilfspersonen mit der erforderlichen Sorgfalt verfahren haben.

Im Ergebnis stimmt dieses durch die Entlastungsmöglichkeit abgeschwächte Verursachungsprinzip mit unserer Ansicht überein,

---

[16] Siehe oben S. 21 und unten S. 59, Fußnote 2.

denn es besagt praktisch nichts anderes, als daß der Geschäftsherr für die Sorgfalt seines Betriebsleiters einzustehen habe. Man fragt sich deshalb, warum Weigert die Bestimmung des § 278 BGB. beiseite ließ[17]. Der Grund hiefür dürfte neben allgemeinen systematischen Bedenken vielleicht in seiner Auffassung vom Entlastungsbeweis zu erblicken sein. Wenn W. auch im Ergebnis keinen Zweifel darüber läßt, daß er den Entlastungsbeweis auf die Sorgfalt bezieht, mit der der Schadenstifter ausgewählt und beaufsichtigt worden ist, so ist doch aus manchen Stellen seiner Ausführungen[18] die Neigung zu spüren, die Entlastungsmöglichkeit auf das objektive Gebiet zu verschieben und darauf zu beziehen, ob der Schadenstifter zu der ihm aufgetragenen Verrichtung tauglich und geeignet war. Da eine solche oder ähnliche Vorstellung das Schuldmoment beiseiteschiebt, macht sie auch die Außerachtlassung des § 278 möglich.

Uns scheint es aber nicht wohl angängig, eine Haftung des Geschäftsherrn in den fraglichen Fällen ohne Heranziehung des § 278, also allein aus § 831 zu begründen. Die von Weigert angenommene Zweiteilung des Grundgedankens des § 831 geht über Wortlaut und Sinn der Bestimmung zweifellos hinaus. Es kann aus § 831 allein nicht entnommen werden, daß der Entlastungsbeweis sich auch auf die Sorgfalt des höheren Angestellten zu beziehen habe. Vielmehr bedarf es einer Kombination von § 831 und § 278 BGB. Daß eine solche Kombination möglich ist, ist oben S. 47ff. ausgeführt worden. Die Anwendung des § 278 bewirkt hier keineswegs etwa eine Aufhebung des § 831, sondern, wie in den Fällen der §§ 832 usw., nur eine Einschränkung der Entlastungsmöglichkeit. — Unsere Stellungnahme deckt sich mit der Beurteilung, die Ruth in seiner obenerwähnten Besprechung Weigerts gegeben hat.

---

[17] Vgl. Kreller, Jur. Woch. 1926, 2054f., der in dem von Weigert behandelten Fall die Anwendung des § 278, anknüpfend an § 254 II 2 und § 351 S. 2 BGB., befürwortet.

[18] Vgl. besonders S. 5: „Nur da, wo es sich um kleine Verhältnisse handelt und noch unmittelbare persönliche Beziehungen zwischen dem Geschäftsherrn und dem schadenstiftenden Angestellten bestehen, ist der Beweis so zu führen, wie es sich aus dem Wortlaut des Gesetzes ergibt, nämlich dahingehend, daß der Bestellte zu der schädigenden Verrichtung tauglich (!) war."

§ 6. Fälle, in denen eine analoge Anwendung des § 278 BGB. vom Gesetzgeber oder von Rechtsprechung und Rechtslehre anerkannt wurde

Eine weitere Rechtfertigung für die hier befürwortete Anwendung des § 278 liegt in dem Umstand, daß in bestimmten Einzelfällen eine Anwendung des § 278 außerhalb dessen eigentlichem Anwendungsgebiet in der Rechtsprechung und Rechtslehre, teilweise sogar im Gesetz selbst, anerkannt worden ist. Es ist hier zu nennen

1. Die Sorgfaltspflicht bei Vertragsverhandlungen

Die Haftung für culpa in contrahendo ist heute fast allgemein anerkannt[1]. Es ist die Haftung desjenigen, der bei der Anknüpfung von Vertragsverhandlungen die ihm hieraus erwachsende Sorgfaltspflicht gegenüber dem Verhandlungspartner verletzt. Wir haben diese Sorgfaltspflicht — vgl. oben S. 19 — unter die „Verkehrspflichten aus Verkehrsgefährdung" eingereiht. Damit wäre konsequenterweise auch gesagt, daß die Haftung nicht unter Vertragsrecht, sondern unter Deliktsrecht zu stellen ist. Der Verhandlungspartner ist ja noch nicht Gläubiger und von einer „Verbindlichkeit" kann nicht gesprochen werden. Es mag aber billig erscheinen, doch ein schon verhandenes mehr oder weniger bestimmt ausgestaltetes Treueverhältnis zwischen den Verhandlungspartern anzunehmen und mit Rücksicht hierauf das Verhältnis dem Vertragsrecht zu unterstellen. Und das ist auch offenbar die allgemeine Meinung[2]. Hat man aber die Anwendung des Vertragsrechts grundsätzlich bejaht, so bestehen auch keine Bedenken, im Falle des Gehilfen § 278 anzuwenden. Auch diese Folgerung wird heute fast allgemein gezogen[3]. Es kann aber kein Zweifel darüber bestehen, daß es sich

[1] Siehe Staudinger, Erl. I, 2 z. § 276; RGR.-Kommentar, Erl. 3 z. § 276.

[2] Diese kann sich dafür auch auf das Preuß. ALR. I, 5, § 284 berufen, das verordnet hatte, daß „was wegen des bei Erfüllung des Vertrages zu vertretenden Grades der Schuld Rechtens ist, auch für den Fall gilt, wenn einer der Kontrahenten bei Abschließung des Vertrages die ihm obliegenden Pflichten vernachlässigt hat".

[3] Staudinger, 9. Aufl. (gegenüber früheren Auflagen), Erl. I, 2 z. § 278. Ebenso die neuere Rechtssprechung: RGZ., Bd. 103, 47; 107, 240; 108, 221;

hier um eine nicht unmittelbare, sondern nur analoge Anwendung handelt. Und man darf nicht, wie es im Staudingerschen Kommentar geschieht, diese analoge Anwendung dadurch zu einer unmittelbaren machen wollen, daß man die Verkehrspflichten des Kontrahierenden, z. B. die Pflicht zur Offenbarung von Umständen, deren Kenntnis für die Entschließung des anderen Teils wesentlich ist, als „Verbindlichkeiten" bezeichnet, was sie nicht sind. Wenn wir andererseits keine Bedenken haben, diese Verkehrspflichten unter Vertragsrecht zu stellen, so ist dem noch ein Wort darüber hinzuzufügen, daß es einen Unterschied macht, ob § 278 im Rahmen des Vertragsrechts oder im Rahmen des Deliktsrechts angewandt wird. In den den Gegenstand dieser Arbeit bildenden Fällen handelt es sich in der Hauptsache um Fälle des Deliktsrechts. Wenn wir § 278 auf diese Fälle anwenden, so verstehen wir dies so, daß auch hier das Verschulden des Gehilfen in demselben Umfang wie eigenes Verschulden zu vertreten sei, und daß demgemäß, sofern sich die Haftung für eigenes Verschulden nach Deliktsrecht bestimmt, auch die Haftung für Gehilfenverschulden sich nach den Vorschriften des Deliktsrechts bestimmen muß. Auch hier soll also z. B. für bloße Vermögensschädigung nur in den Fällen der §§ 823 II, 824, 839[4] gehaftet werden.

2. „Verpflichtungen gegen sich selbst"

a) Der Fall des § 254, Abs. 2, Satz 2 BGB.[5]

Die Ersatzforderung des Beschädigten gegen den Schädiger sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes hängt nach § 254 von den Umständen ab, insbesondere davon, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem Schädiger oder dem Geschädigten verschuldet worden ist. In Absatz 2 der genannten Bestimmung werden besondere Fälle des mitwirkenden Verschuldens des Beschädigten auf-

120, 130; RG. in Seuff. Arch. N. F. 30, Nr. 120 (Urteil v. 25. 4. 31). Ebenso RGR.-Kommentar, 8. Aufl.; Enneccerus-Lehmann, § 43, III, S. 170; Örtmann, 5. Aufl., Erl. 3e (jedoch mit der Beschränkung auf solche Fälle, in denen durch die Vorverhandlungen ein wirkliches Schuldverhältnis entstanden ist). Ebenso (zusammenfassend) H. Hildebrandt, Die Erklärungshaftung. 1931.

[1] § 826 bliebt hier absichtlich unerwähnt, da nach dem oben S. 44, 3 Gesagten nur für Fahrlässigkeit, nicht auch für Vorsatz des Gehilfen gehaftet werden soll.

[5] Vgl. auch Kreller, Jur. W. 1926, 2054f.

geführt und wird weiterhin die Vorschrift des § 278 für entsprechend anwendbar erklärt. Es soll hier nicht auf die verschiedenen Streitfragen eingegangen werden, zu denen diese Bestimmung Anlaß gegeben hat, sondern nur festgestellt werden, welcher Art das damit gewonnene erweiterte Anwendungsgebiet des § 278 ist.

Dabei stellen wir uns auf die Seite derer[6], die den letzten Satz des § 254 wie einen dritten Absatz verstehen, also sowohl auf die besonderen Fälle des Absatz 2, als auch auf Absatz 1 beziehen. Ferner glauben wir mit Staudinger (a. a. O.) und gegen das Reichsgericht (RGZ. Bd. 62, S. 346ff. u. a.) die Frage, ob dabei die Anwendung des § 278 nur auf die Fälle beschränkt sein soll, in denen eine bestehende Verbindlichkeit vorhanden ist, somit ob § 278 hier nur im Rahmen des Vertragsrechts gelten soll oder auch im Rahmen des Deliktsrechts, im letzteren Sinne beantworten zu sollen. Was aber hier vor allem interessiert, ist, daß so oder so der Beschädigte ein Verschulden derjenigen Personen sich anrechnen lassen muß, deren er sich bei der Erfüllung solcher Pflichten bedient, die sich aus § 254 Abs. 1 und 2 ergeben. Diese Pflichten nennt Staudinger treffend „Pflichten gegen sich selbst". Der Beschädigte hat die Verpflichtung, sich selbst vor Schaden zu bewahren. Verletzt er diese Verpflichtung, so kann er seinen Ersatzanspruch teilweise oder ganz verlieren. Eine „Verbindlichkeit" ist diese Verpflichtung nicht. Ein Forderungsberechtigter steht ihr nicht gegenüber: dem Beschädigten steht es frei, ob er etwas zur Abwendung oder Minderung des Schadens tun will; nur erleidet er, wenn er es nicht tut, eine Einbuße an seinem Ersatzanspruch. Deshalb kann die Anwendung des § 278 hier nur eine entsprechende sein, und es liegt hier eine gesetzlich anerkannte Analogie des § 278 vor. Diese Analogie ist nach unserer Auffassung vom Sinne des § 278 auch grundsätzlich begründet. Zwar ist die „Verpflichtung gegen sich selbst" nicht einmal eine solche Verpflichtung, wie es die Verkehrspflicht aus Verkehrseröffnung oder Verkehrsgefährdung ist; denn diesen Verkehrspflichten steht immerhin noch ein Berechtigter, nämlich das Publikum, gegenüber. Hier dagegen kann von einem Berechtigten überhaupt nicht mehr gesprochen werden. Der Schädiger aber ist durch die Verpflichtung des Beschädigten „gegen sich selbst" begünstigt, und es erscheint immerhin billig, daß diese Begünstigung dem Schädiger auch in dem Falle

[6] Vgl. Staudinger, Erl. 2a und 2e z. § 254.

erhalten bleibt, wo zwar nicht der Beschädigte selbst, aber dessen Hilfsperson die Pflicht verletzt und den Schaden mitwirkend verschuldet hat. Es ist dies in der Tat grundsätzlich dasselbe, was § 278 bei Vorhandensein einer Verbindlichkeit für den Gläubiger bedeutet, nämlich daß er durch die schuldnerische Gehilfenbestellung keine Benachteiligung erfährt[7].

b) Der Fall des § 351 BGB.[8]

Wie im vorhergehenden Fall handelt es sich auch hier um eine gesetzliche Analogie des § 278, und zwar auch hier im Hinblick auf eine „Verpflichtung gegen sich selbst". Der Rücktritt von einem Vertrag soll nicht nur dann ausgeschlossen sein, wenn der Berechtigte selbst eine wesentliche Verschlechterung usw. des empfangenen Gegenstandes verschuldet hat, sondern auch dann, wenn eine Hilfsperson, deren sich der Berechtigte bei der Erfüllung seiner Obhutspflicht bedient hat, die Verschlechterung usw. verschuldet hat. Diese Obhutspflicht ist von derselben Art wie die Pflicht des § 254, sich vor Schaden zu bewahren, insofern als auch ihre Verletzung lediglich eine Rechtseinbuße zur Folge hat. Die Erfüllung der „Pflicht" liegt auch hier ausschließlich im eigenen Interesse des „Verpflichteten".

c) Ähnliche Fälle

Ähnliche Verpflichtungen können auch vertraglich festgelegt sein. Es ist hier vor allem an den Versicherungsvertrag zu denken, der regelmäßig Bestimmungen darüber enthält, wie sich der Versicherte hinsichtlich des versicherten Risikos zu verhalten hat, welche Obhutspflichten er etwa hinsichtlich des gegen Brandgefahr versicherten Gegenstandes hat[9]. Nach dem Gesagten müßte auch hier § 278 analog Anwendung finden. Und dieser Standpunkt wird in der Literatur auch vertreten[10]. Mit Rücksicht auf die besondere Lage beim Versicherungsvertrag wird man hier aber von Fall zu

---

[7] Es ist dies das, was wir als den Sinn des § 278 bezeichnet haben, und erscheint als eine Bestätigung dafür, daß man diese Bestimmung weniger von der Schuldnerseite her als von der Seite des Gläubigers zu verstehen hat.

[8] Vgl. auch Kreller, Jur. W., 1926, 2054f.

[9] Vgl. hiezu vor allem Planck-Siber, 4. Aufl., z. § 278, 1d, S. 228.

[10] Josef, Iherings Jahrb., Bd. 55, S. 260; Gierke, LZ. 1909, Spalte 721.

Fall zu prüfen haben, ob nicht der Vertrag dahin auszulegen ist, daß der Versicherungsanspruch in allen Fällen bestehen soll, in denen nicht gerade der Versicherte selbst den Eintritt des Versicherungsfalles verschuldet hat. Der Zweck des Versicherungsvertrags würde oft zu einem wesentlichen Teil vereitelt, wenn man das Verschulden von Hilfspersonen, etwa die Unvorsichtigkeit eines Dienstmädchens dem Versicherten zurechnen wollte, also daß das Versicherungsunternehmen von seiner Leistungspflicht frei würde, wenn etwa die Unvorsichtigkeit des Dienstmädchens den Brand verursacht hätte. Denn zum Schutz gegen solche „Zufälle" hat der Versicherte die Versicherung wohl gerade abgeschlossen. Es ist denn auch herrschende Meinung, daß § 278 hier nicht Anwendung findet[11].

3. Nachbarrechtliche Verpflichtungen

Die Vorkehrungspflichten der §§ 908, 909 BGB. gelten nicht als Verbindlichkeiten. Daß wir sie zu den Verkehrspflichten aus Verkehrsgefährdung rechnen und sie deshalb der analogen Anwendung des § 278 unterstellen, ist schon ausgeführt worden. Hier soll nur darauf hingewiesen werden, daß das OLG. Köln in einer Entscheidung vom 7. 11. 06 (Recht 1907, S. 54) eine entsprechende Anwendbarkeit des § 278 auf nachbarrechtliche Verpflichtungen ebenfalls bejaht hat, und zwar speziell auf die Verpflichtung, die zur Abwendung unzulässiger Immissionen erforderlichen Vorkehrungen zu treffen. Freilich steht diese Entscheidung durchaus im Gegensatz zur herrschenden Meinung, insbesondere zur Rechtsprechung des Reichsgerichts. Dieses hat anläßlich eines Falles aus § 909 mit eingehenden und grundsätzlichen Ausführungen in Band 132, 51, besonders S. 56ff. zu der Frage Stellung genommen, ob § 278 auf nachbarrechtliche Verpflichtungen Anwendung finden könne, und hat diese Frage verneint[12]. Das Reichsgericht sieht den ausschlaggebenden Gesichtspunkt darin, daß die Eigentumsrechte der einzelnen Grundstückseigentümer selbständig nebeneinander stünden und daß kein Schuldverhältnis, auch kein „dingliches Rechtsver-

[11] So RGZ. 62, 190; Warn, 1914, 66; 83, 43; 97, 279. Ebenso Staudinger, Erl. I, 1 z. § 278; Nußbaum S. 55.

[12] Das Berufungsgericht hatte den gegenteiligen Standpunkt eingenommen.

hältnis" zwischen ihnen vorhanden sei. Die nachbarrechtliche Verpflichtung, also vorliegend die Pflicht, für eine Befestigung des vertieften Erdreichs zu sorgen, habe lediglich die Bedeutung einer Beschränkung des Eigentums.

4. Der Fall des § 2 Reichshaftpflichtgesetz und verwandte Fälle

Der Betriebsinhaber eines Bergwerks oder eines anderen der in § 2 RHaftpfG. genannten Betriebe haftet in gewissem Umfang für den Schaden, den „ein Bevollmächtigter oder ein Repräsentant oder eine zur Leitung oder Beaufsichtigung des Betriebes oder der Arbeiter angenommene Person" durch ein Verschulden in Ausführung der Dienstverrichtungen verursacht hat. Stoll, Vertrag und Unrecht I, § 24 IIa, S. 100 nennt diese Haftung (wie die nach Reichsbeamten-Haftpflichtgesetz § 1 und die nach HGB § 485) „Erfolgshaftung für fremdes schuldhaftes Unrecht". Sofern es sich nun bei der „Ausführung der Dienstverrichtungen" um Erfüllung von Verkehrspflichten handelt, wird man sagen können, daß § 2 RHaftpflichtG. insoweit das Prinzip des § 278 BGB. auf dem Gebiet der allgemeinen Verkehrspflichten verwirklicht. Und dasselbe kann auch von § 485 HGB.[13] gesagt werden. Schließlich kann auch in § 1 Reichsbeamten-Haftpflichtgesetz der Gedanke des § 278 gefunden werden. Nur handelt es sich hier nicht um allgemeine Verkehrspflichten, sondern um Amtspflichten.

§ 7. Abgrenzung von § 831 BGB.

Es bleibt nun noch festzustellen, wie sich die hier befürwortete Ausdehnung des Anwendungsgebiets des § 278 gegenüber der Vorschrift des § 831 auswirkt. Man könnte versucht sein, anzunehmen, daß diese Vorschrift damit so gut wie ausgeschaltet wäre. Bei näherer Betrachtung ergibt sich aber, daß dies nicht der Fall ist[1]. Freilich wird ein großer Teil der Fälle, die nach herrschender

[13] § 485 HGB. lautet: Der Reeder ist für den Schaden verantwortlich, den eine Person der Schiffsbesatzung einem Dritten durch ihr Verschulden in Ausführung ihrer Dienstverrichtungen zufügt.

[1] Vgl. Kreller in JW., 1926, 2054f.

Lehre unter § 831 zu stellen sind, aus dem Gebiet dieser Bestimmung herausgenommen und dem § 278 unterstellt. Es sind dies aber nur diejenigen Fälle, in denen sich der „Geschäftsherr" des „Verrichtungsgehilfen" als eines „Erfüllungsgehilfen" bedient, nämlich zur Erfüllung der ihm aus anderem Grunde, aus Verkehrseröffnung oder Verkehrsgefährdung, obliegenden Verkehrspflichten, nicht aber diejenigen Fälle, in denen der Verrichtungsgehilfe mit solchen Aufgaben nicht betraut ist und wirklich nur „Verrichtungsgehilfe" ist. Es ist dabei vor allem an Fälle zu denken, in denen der Gehilfe ein erst zu schaffendes Werk herzustellen hat[2]. Die Vorschrift des § 831 behält auf dem so beschränkten Gebiet ihre Bedeutung. Es erscheint auch gar nicht wünschenswert, daß § 831 durch § 278 ganz verdrängt würde. Diejenigen, die dies befürworten[3], verkennen, daß in Fällen wie den soeben erörterten die Sachlage eine wesentlich andere ist als in den Fällen, in denen die Erfüllung einer Verbindlichkeit oder einer Verkehrspflicht in Frage steht. In den erstgenannten Fällen, also in den Fällen des „Verrichtungsgehilfen" im engeren Sinn, besteht keine Notwendigkeit, über eine Haftung für culpa in eligendo et custodiendo hinauszugehen. Soweit wir aber eine Verdrängung des § 831 befürworten, geschieht dies im übrigen, wie ausgeführt, nur mit der Maßgabe, daß § 278 im Rahmen des Deliktsrechts, nicht im Rahmen des Vertragsrechts anzuwenden ist.

---

[2] Er ist etwa mit der Anbringung eines Gartenzauns, mit dem Fällen eines Baumes, mit einem Botengang usw. beauftragt. Die Anbringung des Gartenzauns, das Fällen des Baumes ist keine Verkehrspflicht des Geschäftsherrn, die der Gehilfe zu erfüllen hätte. Diejenigen Verkehrspflichten aber, die bei der Anbringung des Gartenzauns, beim Fällen des Baumes entstehen, sind Verkehrspflichten, die dem Gehilfen obliegen. Dem Geschäftsherrn obliegt nach § 831 lediglich die sorgfältige Auswahl des Gehilfen und — gegebenenfalls — Leitung seiner Verrichtungen.

[3] So Grünebaum, Probleme der Schadenshaftung, DJZ., 1908, S. 321 ff.

Literaturverzeichnis

Die mit * bezeichneten Autoren sind Juden (vgl. Verzeichnis jüdischer Verfasser juristischer Schriften von Erwin Albert; 2. Aufl.; W. Kohlhammer, Stuttgart 1937)

Brodmann, Die Haftung des Schuldners nach § 278 BGB., insbesondere die Haftung des Versicherungsnehmers; Iherings Jahrbücher 58, S. 187f.

Deetz, Der Haftungsgrund bei den unerlaubten Handlungen des BGB.; Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, Bd. 64, S. 161ff.

Delius, Die Haftung für Verkehrssicherheit; Deutsche Jur. Zeit., 1914, S. 206.

Dernburg*, Das bürgerliche Recht, Bd. II, Schuldverhältnisse; 3. Aufl. 1905/06; 4. Aufl. 1915.

Eckstein, Die Haftung für unerlaubte Handlungen des Repräsentanten, Arch.Ziv.Pr. 114, S. 114f.

Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts; Recht der Schuldverhältnisse, 12. Bearbeitung, 1932.

Erman, Walter, Beiträge zur Haftung für das Verhalten bei Vertragsverhandlungen, Arch.Ziv.Pr. N. F. 19, S. 273.

Fischbach, Vorbereitende Rechtsverhältnisse; Arch. Bürgerl. R., Bd. 41, S. 160.

Fischer, Karl, Die nicht auf den Parteiwillen gegründete Zurechnung fremden Verschuldens nach dem BGB.; München 1904.

Francke, Zur Abgrenzung der §§ 278 und 831 BGB.; Recht, 1913, S. 555.

Gierke, Julius, Die Haftung des Versicherungsnehmers für fremdes Verschulden; Leipz. Zeitschrift 1909, Sp. 721.

Gierke, Otto, Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung; Berlin 1887.

Goldscheider, Haftung der Werke für Unfälle in ihren Räumen; Gruch. Beiträge, Bd. 60, S. 369.

Grünebaum, Probleme der Schadenshaftung; D. Jur. Zeit., 1908, S. 321ff.

Heck, Grundriß des Schuldrechts; Tübingen 1929.

— Zur Entstehungsgeschichte des § 276 Satz 1 BGB.; Arch.Ziv.Pr. N. F. 17. S. 259.

Hildebrandt, Die Erklärungshaftung; 1931.

Hofacker, Die Verkehrssicherungspflicht; Stuttgart (W. Kohlhammer) 1929.

Hueck-Nipperdey-Dietz, Kommentar zum Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit; 2. Aufl., 1937.

Josef, Die Anwendbarkeit des § 278 BGB. auf öffentlich-rechtliche Verbindlichkeiten; Gruch, Beiträge, Bd. 58, S. 638f.

— Zur Anwendbarkeit des § 278 BGB. auf die Obliegenheiten des Versicherungsnehmers; Iherings Jahrb., Bd. 55, S. 260.

Kreller, Hans, Besprechung von Weigert, Die außervertragliche Haftung von Großbetrieben für Angestellte; in Jur. Woch., 1926, 2054f.
— Fürsorge- und Treupflicht im Arbeitsrecht; Zeitschr. der Ak f.D.R., 5. Jahrg., Heft 9, S. 302ff.
Kallfelz, Besprechung einer Entscheidung des Reichsgerichts vom 20. 10. 1936 in Jur. Woch. 1937, S. 926, Nr. 4.
Lehmann, Heinrich, Die Unterlassungspflicht; 1906.
Meyer, Th., Kritische Streifzüge in das Gebiet der unerlaubten Handlungen; Recht, 1924, Sp. 277ff. und 312ff.
Müller-Erzbach, Gefährdungshaftung und Gefahrtragung; Arch.Ziv.Pr. 106, 109.
Motive zu dem Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich, Bd. II (Recht der Schuldverhältnisse).
Nipperdey, Inwieweit haftet ein Berufsverein der Arbeitgeber oder Arbeitnehmer für unzulässige Kampfhandlungen, und welche Änderungen des Deutschen Rechts sind hier, zugleich unter Beobachtung ausländischer Vorbilder, empfehlenswert? (Gutachten z. 34. D. J. T., Berlin und Leipzig 1926.)
Nußbaum, Haftung für Hilfspersonen nach § 278 BGB. in Vergleichung mit dem gemeinen und Landesrecht; Berlin 1898.
Örtmann, Paul, Recht der Schuldverhältnisse (Kommentar), 5. Aufl.; Berlin 1928.
— Gehilfenhaftung im Verkehrsgewerbe; Verkehrsrechtliche Rundschau, 1922, Bd. 2, S. 81.
Ostwald, Walther, Der Erfüllungsdiener; Berlin und Leipzig 1920.
Planck, Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse, 4. Aufl., II 1, 1914; II 2, 1928.
Potthoff, Die Haftung des Unternehmers für seine Angestellten und Arbeiter; Gewerbe- und Kaufmannsgericht (Monatsschrift), 1925/26, S. 512.
Reichsgerichts-Räte-Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch, 8. Aufl., 1934.
Riehl, Die Arglist beim Vertragsabschluß unter besonderer Berücksichtigung der Arglist der Vertreter; Gruch, Beiträge, Bd. 60, S. 790 und 897.
Rümelin, Max, Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des Deutschen Bürgerl. Gesetzbuches zur objektiven Schadensersatzpflicht; Freiburg i. B. und Leipzig 1896.
— Schadensersatz ohne Verschulden; Tübingen 1910.
Ruth, Besprechung von Weigert, Die außervertragliche Haftung von Großbetrieben für Angestellte, im Arch.Ziv.Pr. N. F. 6, S. 353ff.
Soergel, Kommentar zum BGB., 6. Aufl., 1937.
Staub*, Die positiven Vertragsverletzungen (Festschrift für den D. J. T., 1902, S. 29ff.; 1904).
Staudinger, Kommentar zum BGB., Recht der Schuldverhältnisse, 9. Aufl., 1929.
Stoll, Heinrich, Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung; Arch.Ziv.Pr. N. F. 16, 257.
— Die Lehre von den Leistungsstörungen (Schriften der Akademie für Deutsches Recht, 1936).

Stoll, Heinrich, Vertrag und Unrecht, 1. und 2. Halbband (Grundrisse des Deutschen Rechts); Tübingen 1936.
— Besprechung von Hofacker, Die Verkehrssicherungspflicht, in Arch.Ziv.Pr. N. F. 15, S. 119.
Unger, Josef, Handeln auf eigene Gefahr. Ein Beitrag zur Lehre vom Schadensersatz. 2. Auflage; Jena 1893.
Vaihinger, Hans, Die Philosophie des Als Ob; 3. Aufl., 1918.
Weigert, Hans-Werner, Die außervertragliche Haftung von Großbetrieben für Angestellte; Berlin 1925.

Lebenslauf

Als jüngster Sohn des inzwischen verstorbenen Professors Dr. Karl Bopp und seiner Ehefrau Johanna, geb. Theurer, bin ich am 29. März 1905 in Stuttgart geboren. Dort besuchte ich die Wilhelms-Real- und -Oberrealschule und legte im Frühjahr 1923 die Reifeprüfung ab. Sodann studierte ich zunächst Geschichte und Neue Sprachen in Stuttgart und Tübingen. Nach 2 Semestern erlangte ich durch Ablegung einer lateinischen Ergänzungsprüfung das Zeugnis der Abgangsreife eines Realgymnasiums und ging dann zur Rechtswissenschaft über, deren Studium ich an den Universitäten Tübingen (7 Semester) und Göttingen (1 Semester) oblag. Im Frühjahr 1928 absolvierte ich die Erste Höhere Justizdienstprüfung in Tübingen und kam dann als Referendar an das Amtsgericht und Landgericht Stuttgart. Nach dreijähriger Referendartätigkeit legte ich am 20. Juni 1931 in Stuttgart die Zweite Höhere Justizdienstprüfung ab. In der Folge habe ich mich in Stuttgart als Rechtsanwalt niedergelassen. Ich besitze die deutsche Reichsangehörigkeit.